Die Prozesse der vorberufenen Erben.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Friedrich Volmer

aus Bückeburg.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Marburg

Buchdruckerei Chr. Schaaf

1912.

Von der juristischen Fakultät als Dissertation angenommen
am 2. März 1912.

Referent: Herr Professor Dr. Fr. Leonhard.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Grundsätze des erbrechtlichen Vermögensüberganges . . . . . Seite 7 bis 8
§ 2. Entwicklung dieser Grundsätze bis auf das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich . . . . . „ 8 „ 15
§ 3. Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuches . „ 15 „ 16
§ 4. Verwirkung des Ausschlagungs-Rechtes durch Prozeßführung . . . . . „ 17 „ 18
§ 5. Der Begriff der vorberufenen Erben . . . „ 19 „ 21
§ 6. Das Recht der vorberufenen Erben zur Prozeßführung . . . . . „ 21 „ 40
§ 7. Stellung des nachberufenen Erben im Prozesse des vorberufenen . . . . . „ 40 „ 51
§ 8. Unterbrechung und Aufnahme von Prozessen des Erblassers durch den vorläufigen Erben . . . . . „ 52 „ 54
§ 9. Aktive Vollstreckung . . . . . „ 54 „ 59
§ 10. Passive Vollstreckung . . . . . „ 59 „ 61
§ 11. Arrest und einstweilige Verfügung . . . „ 61 „ 64
§ 12. Das Mahnverfahren gegen den vorberufenen Erben . . . . . „ 64 „ 67

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556030_0074

Literaturverzeichnis.

A. Bürgerliches Recht. I. Lehrbücher: Eneccerus-Kipp, Dernburg; Endemann; Strohal, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. — Außerdem Protokolle und Motive in amtlicher Ausgabe.
II. Kommentare: Planck in 2. und 3. Auflage; Staudinger in 5. und 6. Auflage; Frommhold; Rehbein.

B. Zivilprozeß-Recht: Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeß-Rechtes. — Kommentare von Seuffert, Gaupp-Stein, Wilmovsky-Levy, Petersen, Freudenthal (kom. Ausg.)

C. Einzelabhandlungen: Reichel, Prozesse des vorläufigen Erben; Binder, Rechtsstellung des Erben; Hellwig, Anspruch und Klagrecht; derselbe, Verträge auf Leistung an Dritte; Hans Hellwig, Erbschafts-Erwerb und Erbschafts-Recission; Conrad Hellwig, Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft; Strohal, Grenzen der Urteils-Rechtskraft; Skedl, Das Mahnverfahren.

Im Übrigen wird auf die Bemerkungen im Texte verwiesen.

§ 1.

Grundsätze des erbrechtlichen Vermögensüberganges.

Durch den Tod scheidet der Mensch aus der Rechtsgemeinschaft aus; eine solche kann nur zwischen Lebenden bestehen. Damit sind die rechtlichen Beziehungen des Verstorbenen erloschen; sein Vermögen muss auf andere Pensonen übergehen.

Im Laufe der Zeit ist der Gedanke allgemein durchgedrungen, einem Verstorbenen (Erblasser) weitgehendste Freiheit für letztwillige Anordnungen (Testament, Erbvertrag) zu belassen. Nur für den Fall, dass solche fehlen, greifen besondere Bestimmungen Platz: Die gesetzliche Erbfolgeordnung.

Eine andere Frage ist es, wie der Erwerb der Erbschaft durch den Erben am zweckmässigsten zu gestalten ist.

Es gibt dafür nur zwei brauchbare Lösungen: Antretung der Erbschaft innerhalb einer bestimmten Frist (Deliberationsprinzip) oder Übergang kraft Gesetzes mit dem Tode des Erblassers (Kontinuitätsprinzip).

Einem jeden muss jedoch die Möglichkeit verbleiben auf eine ihm zustehende Erbschaft auch verzichten zu können. Das Kontinuitätsprinzip entspricht

diesem Erfordernisse nicht; es lässt sich deshalb nur mit der Einschränkung durchführen, dass dem Erben das Recht vorbehalten bleibt die Erbschaft auszuschlagen. Dadurch kann es kommen, dass in der Person der Erben ein Wechsel eintritt. Diese — an und für sich unerfreuliche Folge — vermeidet zwar das Deliberationsprinzip; dafür leidet es aber an dem erheblichen Mangel, dass es bis zur Antretung der Erbschaft es überhaupt an einem Erben fehlen lässt. Zu diesem Nachteil kommen zahlreiche andere hinzu[1]); deshalb stehen die meisten zur Zeit geltenden Gesetze auf dem Boden des Kontinuitätsprinzipes[2]).

§ 2.

Entwicklung dieser Grundsätze bis auf das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich.

Es hat langer Zeit bedurft bis sich der Grundsatz der Kontinuität allgemein Bahn gebrochen hat; selbst das hoch entwickelte römische Recht kannte ihn nur in beschränktem Masse.

Im älteren römischen Recht war zwischen dem heres suus und dem heres extraneus zu unterscheiden; der erstere erwarb die Erbschaft ipso iure, für letzteren galt das Deliberationsprinzip. Dabei unterschied man die Delation (den Anfall der Erbschaft), welche ipso iure erfolgte, und die Akquisition (den Erwerb der Erbschaft). Diese vollzog sich in einem

---

1) Vergl. Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd V. Seite 486.

2) BGB. §§ 1922, 1943; Code zivil Art. 724.

besonderen Vorgange und zwar ursprünglich durch die formelle cretio[1]).

Eine Erbeinsetzung geschah nach Gaius folgendermassen.

II. 165 HERES TITIVS ESTO, CERNITOQVE IN CENTVVM DIEBVS PROXVMIS, QVIBVS SCIES POTERISQVE. QVOD NI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO.

Wollte der Erbe die Erbschaft antreten, so musste er folgende Worte sprechen:

II. 166 QVOD ME PVBLIVS MEVIVS TESTAMENTO SVO HEREDEM INSTITVUIT, EAM HEREDITADEM ADEO CERNOQVE.

Dabei kam es nicht darauf an, ob er sich bereits auf andere Weise als Herr der Erbschaft betätigt hatte.

(Gaius II. eod.): Nec quiquam proficit, si pro herede gerat, id est, si rebus hereditariis tamquam heres utatur. Insofern ist also die Cretio dem Erben günstig, denn er kann nicht — wie bei der pro herede gestio — durch unvorsichtige Handlungen Erbe einer möglicherweise überschuldeten Erbschaft werden. Ebenso ist es ohne Bedeutung, wenn er vor dem Ablaufe der Kretionsfrist bereits erklärt hat, die Erbschaft nicht antreten zu wollen.

II 168 Sicut autem qui cum cretione heres institutus est, nisi creverit hereditatem, non fit heres ita non aliter excluditur quam si non creuerit intra id tempus, quo cretio finita sit, itaque licet ante diem cretionis constituerit hereditatem non adire, tamen paenitentia actus superante die cretionis cernendo heres esse potest.

---

1) Ulpian XXII, 27: Cretio est certorum dierum spatium, quod data instituto heredi ad deliberandum utrum expediat adire hereditatem necne.

Dagegen war die Cretio dem Erben insofern ungünstig, als er unter Umständen unverschuldet die Antretungsfrist verstreichen lassen konnte.

Für solche Fälle erheischte das Bedürfnis besondere Vorschriften. Diesem hat sich das römische Recht nicht verschlossen. Es kennt infolgedessen zwei Arten der Cretio: die Cretio vulgaris und die Cretio Certorum Dierum.

Von diesen beiden ist die erstere dem oben erwähnten Bedürfnis angepasst, letztere dagegen trägt demselben keine Rechnung. Man nennt diese auch Cretio Continua; jedoch wurde der Cretio Vulgaris im Allgemeinen der Vorzug gegeben.

II. 171. Et quamuis omnis cretio certis diebus constringatur, tamen alia cretio vulgaris vocatur, alia certorum dierum: vulgaris illa, quam supra exposuimus, id est in qua adiciuntur haec uerba: QVIBVS SCIET POTERITQVE: certorum dierum, in qua detractis his uerbis cetera scribuntur.

II. 172. Quarum cretionum magna differentia est: nam uulgari cretione data nulli dies conputantur, nisi quibus scierit quisque se heredem esse institutum et possit cernere; certorum uero dierum cretione data etiam nescienti se heredem institutum esse numerantur dies continui; item ei quoque, qui aliqua ex causa cernere prohibetur et eo amplius ei qui sub condicione heres institutus est, tempus numeratur; unde melius et aptius est uulgari cretione uti.

II. 173. Continua haec cretio uocatur, quia continui dies numerantur; sed quia tamen dura est haec cretio, altera magis in usu habetur; unde etiam uulgaris dicta est.

Ähnlich Ulpian XXII. 30—32. Cum cretione heres institutus sicut cernendo fit heres, ita non aliter excluditur

quam, si intra diem cretionis non creverit; ideoque etiamsi constituerit nolle se heredem esse, tamen si supersint dies cretionis poenitentia actus cernendo heres fieri potest. — Cretio aut vulgaris dicitur aut continua: vulgaris in qua adiciuntur haec verba „quibus scies poterisve", continua inqua non adiciuntur. — Ei, qui vulgarem cretionem habet, dies illi dumtaxat computantur quibus scivit se heredem institutum et potuit cernere; ei vero qui continuam habet cretionem etiam illi dies computantur quibus ignoravit se heredem institutum aut scivit quidem, sed non potuit cernere.

Das römische Recht kannte ferner die Cretio noch als eine Cretio perfecta und als eine Cretio imperfecta. Sie findet sich in allen denjenigen Fällen, in welchen dem Primus heres für den Fall, dass er die Erbschaft nicht antritt, ein Ersatzerbe gestellt ist. Hier haben die Worte der Formel: si non creveris exheres esto entscheidende Bedeutung; soweit sie in der Formel vorhanden sind haben wir eine Cretio perfecta, fehlen sie, dann pflegt man von einer Cretio imperfecta zu sprechen.

Demnach lautete die Cretio perfecta (Gaius II. 174)

TITIVS HERES ESTO CERNITOQVE IN DIEBVS CENTVM PROXIMIS QVIBVS SCIES PTERISQVE. QVOD NI ITA CREVERIS EXHERES ESTO. TVM MEVIVS HERES ESTO CERNITOQVE IN DIEBVS CENTVM PROXIMIS QVIBVS SCIES POTERISQVE. QVOD NI ITA CREVERIS EXHERES ESTO.

Und die Cretio imperfecta (II. 177) L. TITIVS HERES ESTO CERNITOQVE IN DIEBVS CENTVM PROXIMIS QVIBVS SCIES POTERISQVE SINON CREVERIS TVM PVBLIVS MEVIVS HERES ESTO SINON TVM u. s. w.

Der Unterschied zwischen beiden war bedeutend; der Primus heres konnte bei der Cretio imperfecta die Cretionsfrist versäumen und dennoch durch eine Pro herede gestio — jedoch nur verhältnismässig — Erbe werden.

Gaius II. 177. Sed si cretio sine exheredatione sit data, id est in haec uerba si non creveris, tum Publius Mevius heres esto, illud diuersum invenitur, quod si prior omissa cretione pro herede gerat, substitutum in partem admittit, et fiunt ambo aequis partibus heredes, quod sie neque pro herede gerat tum sane in uniuersum summouetur, et substitutus in totam hereditatem succedit.

Daher kommt es auch, dass im Gegensatz zu der Cretio vulgaris bei der Cretio imperfecta eine Pro herede gestio einen Verzicht auf die Cretio bedeutete und die oben bezeichneten Folgen somit ohne weiteres eintraten.

II. 178. placuit etiam superante cretione posse eum pro herede gerendo in partem substitutum admittere et amplius ad cretionem reverti non posse.

Dabei berichtet Gaius zugleich, dass diese Ansicht nicht von allen Juristen geteilt würde.

eod.: Sed Sabino quidem placuit, quamdiu cernere et eo modo heres fieri possit prior, etiamsi pro herede gesserit, non tamen admitti substitutum; cum uero cretio finita sit tum pro herede gerentem admittere substitutum.

Marc Aurel bestimmte endlich dass die pro herede gestio für den Primus heres die Cretio ersetzen solle und er anstatt eines blos verhältnismässigen Teiles die ganze Erbschaft bekommen solle.

Ulp. XXII. 34. Si sub imperfecta cretione heres institutus sit id est non adiectis his verbis: si non creveris

exheres esto, cernendo quidem superior imferiorem excludit. Non cernendo autem, sed pro herede gerendo in partem admittit substitutum, sed postea divus Marcus constituit, ut et pro herede gerendo ex asse fiat heres.

Das Antretungsprinzip hatte sich jedoch im römischen Recht nicht vollkommen bewährt; es führte in vielen Fällen zu ungewollten und unerwünschten Konsequenzen. Um diese Nachteile auszugleichen haben wir im römischen Recht die sogenannten Transmissionsfälle, d. h. diejenigen Fälle in denen ausnahmsweise die Berufung zur Erbschaft (Die Delation) bereits vererblich war. Sie sind erst in der Kaiserzeit nach Marc Aurel aufgekommen.

Ausser der Cretio kennt das römische Recht noch die bereits häufiger erwähnte pro herede gestio und die hereditatis aditio. Erstere bedeutet die stillschweigende Annahme der Erbschaft. Vgl. L. 20 pr. D 29,9 Generaliter Julianus scribit eum demum pro herede gerere qui aliquid quasi heres gerit . . . . . Si quid pietatis causa facit si quasi alio jure dominus apparet non videri pro herede gessisse. Letztere den ausdrücklichen Antritt der Erbschaft. Beide stehen im Gegensatz zu einander[1]), doch wurde die hereditatis aditio erst später anerkannt.

Die Antretung einer Erbschaft ohne Anordnung einer Cretio war somit ursprünglich fristlos. Dies war namentlich für Erbschaftsgläubiger und Legatare ein erheblicher Nachteil. Dieser wurde jedoch durch Vorschriften des Prätors abgewendet. Verlangten nämlich

---

1) Die Pro herede gestio bildet noch einen weiteren Gegensatz. Sie steht zugleich der formellen Cretio gegenüber und bedeutet alsdann den ausdrücklichen formlosen Antritt der Erbschaft. (Windscheid III. § 95. 96. Anm. 7.)

Erblassgläubiger bezw. andere Personen eine Erklärung, des berufenen Erben darüber, ob er die Erbschaft antreten wolle oder nicht, so konnte ihm von dem Prätor eine Frist gesetzt werden innerhalb derselben er sich zu entscheiden hatte; sogenanntes: Spatium deliberandi.

Diese Frist betrug ursprünglich 100 Tage L: 2 D 28,8: itaque pauciores centum dierum non sunt dandi. Sie wurde später auf 9 bezw. 12 Monate verlängert. Auch bestimmte Justinian, dass die Erbschaft als angetreten gelten solle, falls der Erbe die ihm gewährte Deliberationsfrist ohne Erklärung hätte verstreichen lassen.

Vergl. auch Gaius II. 167. At is qui sine cretione heres institutus sit aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem vocatur potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda volutate suscipiendae hereditatis heres fieri: eique liberum est quocumque tempore voluerit adire hereditatem sed solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere intra quod, si velit, adeat hereditatem si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.

Die Antretung der Erbschaft wirkt auf den Zeitpunkt des Anfalles zurück. Solange die Erbschaft noch nicht angetreten ist, spricht man von einer ruhenden Erbschaft: Hereditas iacens. Diese galt ursprünglich als herrenlos, später nahm man an, dass der Nachlass die Rechtspersönlichkeit des Erblassers bis zur Annahme der Erbschaft fortsetze.

Soweit im römischen Recht ein ipso jure Erwerb der Erbschaft in Betracht kam (bei den heredes sui et necessarii) war es ursprünglich für den Erben ausgeschlossen, sich von einer ihm unangenehmen Erbschaft zu befreien.

U. XXII. 24. Nec suis tantum heredibus abstinenti potestas non data.

Der Prätor gab ihnen jedoch ein jus abstinendi; ein solches blieb nur dem mit Freiheit eingesetzten Sklaven versagt: Prätor permittit volentibus abstinere se hereditate.

Im Gegensatz zum römischen Recht war dem alten deutschen Recht lediglich das Ausschlagungsprinzip bekannt. Die Erbschaft ging unmittelbar auf den Erben ohne jegliches Zutun seinerseits über: Der Tote erbt den Lebendigen, le mort saisit le vif. Daher kommt es auch dass dem deutschen Recht der Begriff einer ruhenden Erbschaft unbekannt geblieben ist.

Die Rezeption des römischen Rechts hat diesen deutsch rechtlichen Gedanken fast ganz verdrängt. So kommt es, dass die im Anfange des 19. Jahrhunderts und später entstandenen Gesetzbücher in der Mehrzahl dem römisch rechtlichen Grundsatze folgen. Das Österr. Gesetzbuch (§§ 533, 534, 547, 550) und das Sächsische Gesetzbuch (§§ 2009, 2010, 2250, 2549,) kennen diesen deutschrechtlichen Grundsatz nicht mehr. Der Code Civil kennt ihn nur für den Fall der gesetzlichen Erbfolge (Art. 724 Abs. 1). Dagegen hat er sich in einzelnen Partikularrechten[1]) insbesondere im Preuss. Allgem. Landrecht. (I 9 § 367 ff.) erhalten.

§ 3.

Stellung des bürgerlichen Gesetzbuches.

Das bürgerliche Gesetzbuch beruht auf dem Grundsatze der Kontinuität.

---

1) Lübisches Gesetz vom 10. Febr. 1862 u. a. m. vergl. Motive Band V. S. 485.

Diesen sprach schon der erste Entwurf in den §§ 1749, 1750, 2025 aus. Auch in den weiteren Entwürfen ist er beibehalten worden, vergl. Entw. II §§ 1999, 1819, und Entw. III §§ 1898 und 1918.

Dieser von dem gemeinen Recht abweichende Grundsatz des bürgerlichen Gesetzbuches hat in den Motiven (Band V Seite 485) eine ausführliche Begründung gefunden. Sie weisen auf die erheblichen Vorteile hin, welche das Kontinuitätsprinzip dem Deliberationsprinzip gegenüber hat. Insbesondere ist die Klage gegen den Erben insofern erheblich erleichtert, als der Kläger den unter Umständen schwierigen Beweis, dass der Erbe die Erbschaft bereits angetreten hat, nicht mehr zu erbringen braucht. Ein Antritt der Erbschaft durch den berufenen Erben ist nicht mehr erforderlich; damit entfällt aber auch zugleich die Notwendigkeit die Transmissionsfälle des römischen Rechts in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen.

Aus dem Grundsatze der Kontinuität folgt ferner, dass im geltenden Recht für die Römische ruhende Erbschaft ein Bedürfnis nicht mehr vorhanden ist.

Die zitierten Vorschriften der Entwürfe sind als geltende Bestimmungen in das Gesetzbuch aufgenommen worden.

§ 1922, Abs. I: Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere Personen über (Erben).

§ 1942 Abs. 1. Die Erbschaft geht auf den berufenen Erben über unbeschadet des Rechtes sie auszuschlagen.

§ 4.

Verwirkung des Ausschlagungsrechtes durch Prozessführung.

Von einer Durchführung des Kontinuitätsprinzipes in voller Reinheit hat aus den oben angegebenen Gründen auch das bürgerliche Gesetzbuch absehen müssen. Der Grundsatz ist in seinen Wirkungen durch das Ausschlagungspriuzip eingeschränkt worden. § 1942 BGB. Dieses musste weitere Folgen notwendig nach sich ziehen: die Aufnahme des römischrechtlichen Institutes der Pro herede gestio ist damit unentbehrlich geworden.

Demgemäss kennt das bürgerliche Gesetzbuch auch eine stillschweigende Annahme der Erbschaft. § 1943 BGB.

Schwierigkeiten bereitet die Frage, wann eine solche im einzelnen Falle vorliegt; hierüber lassen sich jedoch bestimmte Regeln nicht aufstellen[1]). Es muss vielmehr von Fall zu Fall entschieden werden[2]). Dieses gilt insbesondere auch für die Frage, ob in der Prozessführung des Erben eine Annahme der Erbschaft durch ihn zu erblicken ist[3]).

In der Regel wird solches zwar zutreffen, aber es braucht doch nicht notwendigerweise stets der Fall

1) Zustimmend Reichel: Prozesse des vorläufigen Erben Seite 15 ff.

2) Einzige ausdrücklich anerkannte Ausnahme § 2357 Abs. 3 BGB. Der Antrag auf Erteilung eines Erbscheines enthält stets eine Erbgebarung.

3) Zustimmend Reichel a. a. O. S. 16. Anm. 3. Andere Ansicht Seuffert § 239 Note V Abs. 2 und 4. Im Anstrengen eines Prozesses erblickt er stets eine Annahme der Erbschaft. Hellwig Lehrbuch I Seite 197 steht dem Seuffertschen Standpunkte nahe. Vgl. auch Hellwig Anspruch und Klagrecht S. 226.

zu sein, z. B. wenn der Erbe Forderungen einklagen will, deren Verjährung bevorsteht.

Die vertretene Ansicht stützt sich zunächst auf allgemeine Grundsätze, dann insbesondere aber auch auf den § 239 ZPO.; aus diesem ist zu entnehmen, dass der Erbe auch vor der Annahme der Erbschaft berechtigt ist vom Erblasser geführte Prozesse seinerseits aufzunehmen; er kann also einen Rechtsstreit führen, ohne zugleich gezwungen zu sein die Erbschaft annehmen zu müssen.

Es wird nicht verkannt, dass sich diese Bestimmung lediglich auf solche Prozesse bezieht, die von dem Erblasser bereits begonnen, durch seinen Tod aber unterbrochen worden sind. Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum dies nicht auch auf solche Prozesse ausgedehnt werden soll, die vom Erben als solchem begonnen worden sind, zumal es nicht folgerichtig sein würde, lediglich danach zu unterscheiden ob der Erblasser oder sein Erbe den Prozess begonnen hat.

Oft wird auch der Ausgang eines Prozesses für den Erben entscheidend dafür sein sollen, ob er die Erbschaft annehmen will oder nicht; deshalb befindet er sich in einer ungünstigen Lage, wenn er vor der Annahme der Erbschaft überhaupt nicht prozessieren darf. Lässt er sich aber im Irrtum hierüber auf einen Prozess ein, so würde die Folge davon sein, dass er die Erbschaft überhaupt nicht mehr ausschlagen kann. Ihm steht alsdann lediglich der Schutz des § 119 BGB. zur Seite, dessen Anwendbarkeit oft an der Beweisfrage scheitern wird. Nur in den allerseltensten Fällen werden die Voraussetzungen des § 1949 BGB. gegeben sein.

§ 5.

Der Begriff der vorberufenen Erben.

Der Erwerb der Erbschaft wird regelmässig erst nach dem Verlaufe von 30 Jahren ein perpetueller. Die Ausschlagungsfrist ist zwar kurz bemessen aber die Erbschaft kann infolge einer Anfechtung wie auch infolge einer Erbunwürdigkeitserklärung wieder verloren gehen.

Die an Stelle der früheren Erben tretenden sind die Nachberufenen; die früheren Erben selbst bezeichnet man als die Vorberufenen.

Die vorberufenen Erben lassen sich in zwei Hauptgruppen einteilen, nämlich in solche, bei denen der Erwerb der Erbschaft noch kein endgültiger ist: die vorläufigen Erben (A) und in solche denen die ursprüngliche Erbschaft durch Anfechtung u. s. w. wieder verloren gegangen ist: die Zwischenerben (B).

A. I. Für die vorliegende Abhandlung kommen in erster Linie die Fälle der §§ 1942, 1953 BGB. in Betracht.

Hier heisst der vorberufene Erbe auch zugleich vorläufiger Erbe, weil es noch unbestimmt ist, ob er auch die Erbschaft bekommt. Die angezogenen Fälle unterscheiden sich von allen anderen dadurch, dass „die Ausschlagung lediglich die Ablehnung eines angetragenen Erwerbes bedeutend, die Anfechtung etc. aber den Fall eines bereits eingetretenen Erwerbes wieder rückgängig macht“ (Hellwig, Rechtskraft Seite 205).

Hierher gehört auch der Fall des § 1949, wenn der Erbe sich über den Berufungsgrund in einem Irrtum befunden hat z. B. er prozessiert als gesetzlicher Erbe, nachträglich aber wird ein Testament des

Erblassers gefunden, in dem er als Erbe eingesetzt ist, dann steht ihm immer noch die Möglichkeit der Ausschlagung offen.

II. Ferner kommt dazu der Fall des § 1954, wenn die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft wirksam angefochten ist.

III. Schliesslich kommt auch noch der Fall des § 1956 hinzu, wenn die Versäumung der Ausschlagungsfrist wirksam angefochten ist.

Die letzten beiden Gruppen von Fällen sind den zuersterwähnten analog zu behandeln.

Die analoge Anwendung rechtfertigt sich aus dem Wortlaute der §§ 1949, 1953, 1956 und 1957.

B. Dieser Gruppe der vorläufigen Erben schliesst sich als weitere Gruppe die sogenannten Zwischenerben an. Dies sind:

I. Die Fälle der §§ 2078, 2079, 2080, 2081, 2279.

II. Der Fall des § 2308.

III. Die Fälle der §§ 2342 und 2343.

In allen diesen Fällen ist jedoch die Anfechtung nach Ablauf einer 30 jährigen Frist ausgeschlossen §§ 1954 Abs. 4, 1955, 2082 Abs. 3, 2279, 2308, 2340 Abs. 3.

IV. Zu vergleichen sind ferner noch die Fälle der §§ 2361, 2362, 2370.

Für die Fälle der Prozessführungsmacht vorberufener Erben kommen nur die Fälle der vorläufigen Erben (Gruppe A) in Betracht.

Dagegen ist diese Frage für die übrigen Fälle des Erbrechtes (die Fälle der Zwischenerben) ohne Bedeutung. Denn ihre Stellung ist, solange ihr Erwerb noch unangefochten ist, eine endgültige und es wird deshalb niemand daran denken, diesen Erben die Prozessführungsmacht abzusprechen.

In diesen Fällen (Gruppe B) ist vielmehr lediglich die Frage der Erstreckung der Rechtskraft auf dem nachberufenen Erben von Bedeutung.

§ 6.

Das Recht der vorberufenen Erben zur Prozessführung. (Prozessführungsmacht.)

A. Die Aktivlegitimation.

Der Grundsatz der Kontinuität wie er im BGB. (§§ 1922 und 1942) bestimmt worden ist, erfordert dringend, dem Erben auch vor der Annahme der Erbschaft das Recht zur Prozessführung zuzusprechen. Aus der im § 1922 bestimmten ipso iure Wirkung folgt, dass auch vor Annahme der Erbschaft der Erbe der gesetzlich berechtigte ist, wenn er auch erst durch die Annahme oder durch den Ablauf der Ausschlagungsfrist eine definitive Stellung erlangt.

Es ist jedoch dabei zu unterscheiden, ob es sich um die Aktiv- oder Passiv-Legitimation desselben handelt.

Was die erstere betrifft so wird fast allgemein angenommen, dass dieselbe dem Erben auch bereits vor Annahme der Erbschaft zusteht[1]).

Diese Ansicht hat ursprünglich auch Hellwig geteilt[2]). Neuerdings jedoch vertritt er die Ansicht, dass dem Erben vor der Annahme der Erbschaft das Recht zur Prozessführung fehle, da ihm nicht das Recht der Verwaltung über den Nachlass zustehe.

---

1) Reichel a. O. Seite 7; Binder, Rechtsstellung des Erben Bd. 1 Seite 163.

2) Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Seite 225 Anm. 17.

Nur insoweit sei er dazu berechtigt, als der Prozess wegen seiner Unaufschiebbarkeit geführt oder ein anhängiger Prozess deshalb fortgesetzt werden müsse. Alsdann stehe nämlich dem Erben auch vor der Annahme ein Verwaltungsrecht gemäss § 1959 Abs. 2 zu[1]).

Dieser Ansicht Hellwigs kann jedoch nicht zugestimmt werden.

Für unser Prozessrecht gilt allgemein der Grundsatz, dass klagbare Rechte auch gerichtlich geltend gemacht werden können, soweit dem nicht ausdrückliche Vorschriften des Gesetzes entgegenstehen.

Aus § 1922 folgt, dass alle Rechte auf den Erben, ohne Rücksicht darauf, ob er die Erbschaft bereits angenommen hat oder nicht, übergehen; stehen diese ihm aber zu, dann muss er sie auch gerichtlich geltend machen können. Für die vertretene Ansicht lassen sich noch weitere Gesichtspunkte anführen. Es sind dies vor allen die Fälle der §§ 1949, 1956, 1957. Diese sind wie oben erwähnt den Fällen der §§ 1942, 1953 gleich zu behandeln. Solange die Annahme etc. noch nicht angefochten ist, wird niemand daran denken dem Erben die aktive Legitimation abzusprechen. Was aber für diesen Fall gilt, wird entsprechend auf diejenigen Fälle auszudehnen sein, in denen der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat.

In Konsequenz der vertretenen Auffassung kann auch die Auslegung des § 1959 Abs. 2 wie sie Hellwig verteidigt, nicht anerkannt werden. Denn sie

---

1) Hellwig, Lehrbuch I Seite 297. Plank 3. Auflage zu § 1959 nimmt ebenfalls nur für diejenigen Fälle, die keinen Aufschub erdulden, ein Verwaltungsrecht an.

lässt sich nicht, trotz seiner gegenteiligen Behauptung, mit der Bestimmung des § 239 Abs. 5 ZPO. in Einklang bringen. Wenn diese nämlich bestimmt, dass der Erbe vor der Annahme der Erbschaft zur Fortsetzung eines vom Erblasser begonnenen Rechtsstreites nicht verpflichtet ist, so folgt daraus der Umkehrschluss, dass er bis dahin wohl berechtigt ist jeden Rechtsstreit des Erblassers fortzuführen. Damit entfällt einerseits die Richtigkeit der Hellwigschen Behauptung in Bezug auf § 1959 Abs. 2, andererseits folgt daraus, dass das Gesetz wenigstens für schwebende Prozesse jeder Art eine aktive Legitimation des Erben vor Annahme der Erbschaft unmittelbar anerkennt.

Es ist nicht einzusehen, warum diese Folgerung nicht auch auf die vom Erben vor der Annahme neu zu beginnende Prozesse ausgedehnt werden sollte. Es würde nicht folgerichtig sein, die Frage der aktiven Legitimation davon abhängig zu machen, ob der Prozess schon bei Lebzeiten des Erblassers begonnen worden ist oder nicht.

Für die vertretene Ansicht ist ferner noch die Bestimmung des § 1958 heranzuziehen. Wenn dieser vorschreibt, dass vor der Annahme der Erbschaft ein Anspruch, der sich gegen den Nachlass richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden kann, so folgt daraus ein allgemeiner Umkehrschluss des Inhaltes, dass der Erbe vor der Annahme wohl selbst Ansprüche des Nachlasses gegen einen Dritten gerichtlich geltend machen kann[1]).

Es kann auch nicht auffallen, dass eine derartige Bestimmung nicht im Gesetze ausdrücklich getroffen

---

1) Zustimmend Reichel, Binder a. a. O. Anderer Ansicht Hellwig Lehrbuch a. a. O.

worden ist. Diese folgt vielmehr bereits aus dem Eingangs erwähnten allgemeinen prozessrechtlichem Grundsatze und daraus, dass der vorläufige Erbe nach § 1942 schon Erbe ist.

Dazu kommen noch folgende Bedenken gegen die Hellwigsche Ansicht:

Seiner Ansicht nach ist bereits im § 1959 Abs. 2 gesagt, dass Prozesse nur in dringenden Fällen von dem Erben vor der Annahme der Erbschaft geführt werden dürften. Wäre diese Ansicht richtig, dann hätte die Bestimmung des § 1958 logischerweise der Bestimmung des § 1959 Abs. 2 folgen müssen. Der § 1958 stände danach also an einer falschen Stelle im Gesetz. Dies könnte man jedoch nur dann annehmen, wenn es auch zweifellos erwiesen wäre.

Ausserdem führt die entgegengesetzte Ansicht zu einer für den Erben nachteiligen Folge, dass er nur in dringenden Fällen gegen einen Schuldner vorgehen kann. Denn auch in anderen Fällen ist es für ihn unter Umständen sehr erwünscht auch vor der Annahme der Erbschaft klagen zu können. —

Trotzdem dem Erben also auch vor Annahme der Erbschaft die Aktivlegitimation zusteht, kann er doch nur auf Leistung an den wahren Erben klagen. Beantragt er klagend Leistung an sich, so ist darin eine Erbgebarung zu erblicken (cf. Hellwig Anspr. und Klage S. 225 Anm. 17a). Der Schuldner stände sonst ohne Schutz da; wenn der Erbe hinterher noch ausschlüge, würde der Schuldner noch einmal zahlen müssen, seine Ersatzansprüche würden vielleicht aber an der Insolvenz des ausschlagenden scheitern.

Der vorläufige Erbe hat vor der Annahme kraft des Kontinuitätsprinzips ein unbeschränktes Ver-

waltungsrecht, nur in den Verfügungen ist er durch den § 1959 BGB. beschränkt. Diese Bestimmung lässt sich ohne weiteres nicht auf blosse Verwaltungshandlungen ausdehnen, die Verwaltungsbefugnis bleibt ihm trotz seines eingeschränkten Verfügungsrechtes. Wegen dieses mangelnden Verfügungsrechtes darf er aber auch Forderungen nicht annehmen: denn Annahme einer Forderung bedeutet Verfügung über dieselbe. Das Gesetz unterscheidet häufig scharf zwischen Verwaltungsrecht und Verfügungsrecht, z. B. beim Ehemann § 1380 und beim Niessbraucher § 1077. Auch in vorliegendem Fall ist diese Unterscheidung am Platze; sie muss zu der oben vertretenen Auffassung führen.

Nicht unerwähnt soll bleiben, dass auch eine Anwendung der §§ 1960 und 1961 BGB. ins Auge gefasst werden muss, und der Erbe vor der Annahme deswegen nicht klagen kann, weil ein Pfleger für die Erbschaft bestellt worden ist.

Das Gericht muss von Amts wegen für die Sicherheit des Nachlasses Sorge tragen; deshalb ist unter Umständen auch bei Aktiv-Prozessen die Stellung eines Nachlasspflegers erforderlich; denn in der Anstrengung eines Prozesses liegt auch zugleich eine Sicherung der Beweismittel, ohne die ein für den Kläger günstiges Urteil bisweilen ausgeschlossen ist. Unter Umständen können Zeugen sterben und andere Beweismittel z. B. Urkunden verloren gehen. Im Falle der Ausschlagung aber ist der Prozess mit dem Schuldner für den endgültigen Erben bedeutungslos und in einem neuen Prozesse kann der Antrag des klagenden Erben möglicherweise an der Beweisfrage scheitern.

Anders liegt die Sache aber wenn das Gericht einen Nachlasspfleger bestellt hat und dieser den Prozess geführt hat. Dieses hat zur Folge, dass der Prozess nunmehr definitiv entschieden ist und auch für und gegen den definitiven Erben wirksam ist[1]). In diesen Fällen ist es alsdann bedeutungslos, ob der Erbe die Erbschaft ausschlägt oder nicht (vergl. Endemann Lehrb. III § 838).

Ferner wird nach Analogie des § 1961 auch dem vorläufigen Erben das Recht zugebilligt werden können, die Bestellung eines Nachlasspflegers zu verlangen.

Zweifelhaft mag es immerhin erscheinen, ob auch dem Schuldner ein derartiges Antragsrecht zuzubilligen ist. Man wird es wohl bejahen müssen, denn sein Antrag läuft, — wenn auch nur mittelbar — darauf hinaus, eine definitive Entscheidung über den Rechtsstreit zu erlangen.

Es ist selbstverständlich dass den Zwischenerben für die Dauer ihres Rechtes die Aktivlegitimation zusteht. Der Grundsatz der Kontinuität erfordert an und für sich, dass auch schon vor der Annahme der Erbschaft alle Rechtshandlungen, die dem vorläufigen Erben gegenüber vorgenommen werden, auch dem endgültigen Erben gegenüber Wirkung haben z. B. Mahnung, Kündigung, Aufrechnung, Verzug. Darüber wird weiter unten gehandelt werden.

B. Passivlegitimation.

Den Grundsatz der Kontuität führt das Gesetz jedoch nicht ausnahmslos durch. § 1958 bestimmt, dass vor der Annahme der Erbschaft Ansprüche

1) Strohal Band 2 S. 63.

gegen den Erben nicht gerichtlich geltend gemacht werden können.

Schwierigkeiten bereitet die Frage der rechtlichen Natur dieser Bestimmung.

Der Wortlaut derselben hat neben anderen Gründen zahlreiche Schriftsteller veranlasst anzunehmen, dass es sich hier um eine mangelnde Prozessvoraussetzung[1]) oder um das Leugnen der passiven Legitimation des Erben vor der Annahme der Erbschaft handele[2]). Andere nehmen an, dass es sich im § 1958 um eine materiellrechtliche Einrede handele[3])[4]). Die aufgeworfene Frage nach der rechtlichen Natur des § 1958 ist von hervorragender Bedeutung. Denn es hängt davon eine wichtige Frage der Beweislast ab.

Die erste Ansicht hat zur Folge dass der Kläger, wenn er mit seinem Anspruche durchdringen will, folgendes zu beweisen hat.

I. Dass ihm der Anspruch, welchen er gegen den Erben geltend macht, bereits gegen den Erblasser zugestanden hat.

---

1) So Reichel im Recht 1910 S. 766.

2) So Strohal § 62 Anm. 14; Binder I. S. 157; Hellwig, Anspruch und Klagrecht § 59 Anm. 42. § 17 S. 124. Verträge auf Leistung an Dritte Seite 404 Lehrbuch I § 44 Anm. 15. Blank § 1985. Rehbein I. S. 303. Kress S. 81. Reichel S. 26. Eccius bei Gruchot 43, 605. Hagen bei Ihering 42, 39. Dörnburg Bd. V. § 150 Anm. 9. Enneccerus Kipp § 50 Anm. 7. RG. 60, 179; 76, 385 Protokolle Bd. V. S. 664.

3) Dass es sich hier um keine prozesshindernde Einrede handeln kann, folgt aus dem weiter unten Gesagten.

4) Planck Bd. V. (2. Aufl.) § 1958 Leonhardt, Beweislast zu § 1958 Fischer, Henle § 1958 Anm. 4. Quatz in deutscher Juristen-Zeitung 1903 S. 219.

II. Dass der von ihm Beklagte Erbe des Erblassers geworden ist.

III. Dass der Erbe die ihm angefallene Erbschaft auch bereits angenommen hat[1]).

In diesem Falle nämlich gehört in Konsequenz der vertretenen Auffassung es zu den klagebegründenden Tatsachen, ob die Annahme der Erbschaft bereits erfolgt ist oder nicht. Dieser Ansicht nach braucht also in dem zur mündlichen Verhandlung angesetztem Termine der beklagte Erbe nur dann zu erscheinen, wenn der Kläger in der Klagschrift die Annahme der Erbschaft durch ihn behauptet hat. Alsdann hätte beim Fehlen des Beklagten ein Versäumnisurteil zu ergehen, da die Tatsache der Annahme der Erbschaft, da sie vom Kläger behauptet ist, auch als zugestanden gilt. Fehlte eine derartige Behauptung aber, dann könnte der Beklagte unbesorgt der Verhandlung fern bleiben, denn es wäre Pflicht des Richters dem § 1958 auch ohne Vorbringen von seiten einer Partei zu berücksichtigen.

Der zweiten Ansicht nach hat der Kläger lediglich folgende Punkte zu beweisen:

I. Dass der streitige Anspruch ihm gegen den Erblasser zugestanden hat.

II. Dass der Beklagte Erbe des Erblassers geworden ist.

Sache des Beklagten ist es nunmehr darzutun, dass er die Erbschaft noch nicht angenommen hat und deshalb ein Anspruch gegen ihn gemäss § 1958 nicht gerichtlich geltend gemacht werden kann.

1) Vergl. ferner noch Frommhold § 1958 Bem. 1 und Leske S. 1059.

Auch die Frage nach einem im Falle des Nichterscheinens des Erben etwa zu erlassenden Versäumnisurteiles erledigt sich hier in einem anderen Sinne; da § 1958 lediglich eine Einrede darstellt, braucht er auch nicht von Amtswegen berücksichtigt zu werden.

Deshalb muss schon dann ein Versäumnisurteil erlassen werden wenn in der Klagschrift lediglich die zu I und II angezogenen Tatsachen behauptet worden sind.

Der ersteren Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Sei es nun, dass man annimmt, § 1958 stutuiere den Mangel einer Prozessvoraussetzung oder dass man annimmt, dass diese Bestimmung dem vorläufigen Erben die Passivlegitimation abspricht.

Der letzteren Ansicht berufen sich die Vertreter in der Hauptsache auf die Wortfassung des § 1958. Insbesondere wird auf das Wort „kann" erhebliche Bedeutung gelegt. (Hellwig Vertr. S. 404 Anm. 843.) Man beruft sich auch darauf, dass in dieser Bestimmung von einer „gerichtlichen" Geltendmachung die Rede sei.

Gegen diese Argumentation müssen jedoch erhebliche Bedenken geltend gemacht werden.

Zunächst darf man einer Berufung auf den Wortlaut des § 1958 nicht so weitgehende Bedeutung beilegen. Hauptsächlich muss vielmehr berücksichtigt werden, welche Stellung dem § 1958 im System des Bürgerlichen Gesetzbuches zuzuweisen ist; auch in welchem Verhältnis er zu anderen Bestimmungen des Gesetzes steht.

Dass der § 1958 auch trotz seines Wortlautes sehr wohl eine Einrede darstellen kann, folgt daraus, dass die Einreden des bürgerlichen Gesetzbuches

grundsätzlich durch eine besondere Wortfassung nicht erkennbar gemacht sind.

Bei der Beantwortung der aufgeworfenen Fragen ist von folgenden Betrachtungen auszugehen.

Es ist bereits oben erwähnt worden, dass der Grundsatz der Kontinuität es an und für sich erforderlich macht dem Erben ohne Rücksicht auf die Annahme der Erbschaft die Passivlegitimation zuzusprechen.

Denn der Erbe ist auch bereits vor der Annahme Subjekt der Nachlassmasse § 1922, die ganze Erbschaft geht auf ihn über § 1942.

Es ist nur eine Folgerung aus diesen Bestimmungen, wenn man annimmt, dass Ansprüche gegen den Nachlass auch vor der Annahme der Erbschaft durch den Erben gerichtlich geltend gemacht werden können.

Zu einem solchen Schlusse kann man aber nur dann kommen, wenn man in § 1958 eine materiell rechtliche Einrede erblickt.

Gerade den Beweislastfragen wird die gegnerische Ansicht durchaus nicht gerecht.

Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aus einer geschichtlichen Betrachtung[1]).

Im gemeinen Recht galt von einigen Ausnahmen abgesehen das Deliberationsprinzip.

Deshalb war es erforderlich, dass hier der Kläger, wenn er mit Erfolg den Erben in Anspruch nehmen wollte, beweisen musste dass dieser auch die Erbschaft angenommen habe.

Es leuchtet ohne weiteres ein, dass ein derartiger Beweis für den Kläger mit ganz erheblichen Schwierigkeiten verknüpft war, während im umgekehrten Falle

1) Vergl. Motive Bd. V Seite 485.

es dem Erben sehr leicht ist, darzutun er habe die Erbschaft noch nicht angenommen.

Konnte der Kläger den von ihm verlangten Beweis nicht erbringen, so traf ihn auch der Schaden der Nichtbeweisbarkeit, und er wurde mit seiner Klage abgewiesen.

Diese Folge wurde im gemeinen Recht als Missstand besonders empfunden und man nahm darauf Bedacht, für das neue Recht eine derartig unerwünschte Konsequenz zu vermeiden und es so zu gestalten, dass der Beklagte die Nichtannahme der Erbschaft zu beweisen habe cf. Motive Bd. V 485 u. 486.

Dies war für die Parteien weniger ungünstig, denn im letzteren Falle liegt der Schaden der Nichtbeweisbarkeit lediglich darin, dass der Erbe nunmehr sich auf den Prozess einlassen muss.

Dabei steht ihm aber immer noch die Möglichkeit zu, die gegen ihn geltend gemachte Forderung zu bestreiten und evtl. eine Klagabweisung zu erzielen.

Gerade deshalb wurde in dem ersten Entwurf zum BGB. als § 2057 folgende Bestimmung eingestellt.

„Vor der Annahme der Erbschaft ist der Erbe nicht verpflichtet eine zwischen dem Erben und einem Dritten anhängig gewordenem Erbstreit fortzusetzen oder auf einen Erbstreit sich einzulassen, welcher gegen den Erben als solchen erhoben wird.

Die Zwangsvollstreckung und die Vollziehung eines Arrestes wegen eines gegen den Erben als solchen gerichteten Anspruches ist vor der Annahme der Erbschaft nur gegen den Nachlass zulässig".

Die Fassung dieser Bestimmung befriedigte in der Komission nicht und es wurden deshalb folgende Abänderungsanträge gestellt.

I. Die Vorschrift zu fassen: Solange der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat, kann er die Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten verweigern; er ist auch nicht verpflichtet sich auf einen Rechtsstreit einzulassen der gegen ihn als Erben erhoben wird.

Und im Artikel 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes

a) zum teilweisen Ersatz des § 2057 Abs. 1 dem § 217 Abs. 2 ZPO. hinzuzufügen:

„Der Erbe ist vor der Annahme der Erbschaft zur Fortsetzung des Rechtsstreites nicht verpflichtet."

b) Sowie den § 247 ZPO. als Nr. 7 hinzuzufügen.

„Die Einrede des beklagten Erben dass die Erbschaft von ihm noch nicht angenommen sei."

c) Zum Ersatz des § 2057 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 als § 692a ZPO. zu bestimmen:

„Solange der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat ist eine Zwangsvollstreckung wegen eines gegen den Nachlass gerichteten Anspruches nur in den Nachlass zulässig.

Wegen eigner Verbindlichkeiten des Erben ist eine Zwangsvollstreckung in den Nachlass vor der Annahme der Erbschaft unzulässig."

II. Die Vorschrift als § 2091c dahin einzustellen:

„Solange der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat, kann er die Befriedigung der gegen den Nachlass gerichteten Ansprüche verweigern und der gerichtlichen Geltendmachung eines solchen Anspruches widersprechen."

Ausser diesen Anträgen wurde in der Kommission noch ein dritter gestellt der aber als für die vorliegenden Fragen ohne Bedeutung, und deshalb fortgelassen ist.

Die beiden herangezogenen Anträge wurden in der Kommission auch angenommen, dagegen die Charakterisierung des dem Erben zustehenden Widerspruchsrechtes als prozesshindernde Einrede abgelehnt (Protokolle Bd. V S. 661).

Aus dem Wortlaute der Anträge erhellt, dass die Auffassung in der Kommission dahin gegangen ist, dem Erben bis zur Annahme der Erbschaft ein Leistungsverweigerungsrecht zuzusprechen, mit anderen Worten diese Bestimmungen sollten vom Erben einredeweise geltend gemacht werden können.

Diese Absicht der Gesetzgeber entspricht freilich die im zweiten Entwurfe als § 1833 aufgenommene Bestimmung in ihrem Wortlaute nicht vollkommen:

„Solange der Erbe die Erbschaft nicht angenommen hat, kann ein Anspruch der sich gegen den Nachlass richtet nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden".

Diese Änderung ist aber lediglich deswegen erfolgt, um wegen des oben erwähnten Antrages die Ansicht vollkommen auszuschliessen als handele es sich hier um eine prozesshindernde Einrede. (Vergl. Protokolle Bd. V S. 829—831).

Diese Bestimmung ist alsdann als § 1958 in das BGB. übernommen worden.

Es ist bereits häufig auf die in § 5 unter A II u. III erwähnten Fälle der §§ 1949, 1956 und 1957 hingewiesen worden.

Da man diese, was die Frage der aktiven Legitimation anbelangt, gleich behandelt hat, so wird es nur folgerichtig sein, wenn man sie auch hinsichtlich der passiven Legitimation übereinstimmend behandelt. Zu diesem Resultat kann man aber nur dann kommen,

wenn man in § 1958 eine materiellrechtliche Einrede erblickt.

Der vertretenen Auffassung widerspricht auch nicht Protokolle Bd. V S. 664 829/31. Hier ist nämlich übersehen, dass zwar die Behauptung die Erbschaft ausgeschlagen zu haben, ein Bestreiten der passiven Legitimation bedeutet, dem steht aber nicht gleich, wenn behauptet wird, dass die Erbschaft noch nicht angenommen sei.

Es kann auch der Fall eintreten, dass es dem Erben vor der Annahme sogar erwünscht ist, verklagt zu werden. Er bestreitet z. B. eine beträchtliche Forderung gegen den Erblasser, bei derem rechtgültigem Bestande aber eine erhebliche Überschuldung des Nachlasses eintreten würde, ein Umstand der ihn veranlassen müsste, die Erbschaft nicht anzunehmen.

Nun wird aber wohl stets der Kläger in der Klagschrift die Annahme der Erbschaft behaupten. Daher ist es vom gegnerischen Standpunkte aus unmöglich, dass der Erbe vor der Annahme der Erbschaft übenhaupt einen Passivprozess führen kann.

Die vertretene Ansicht führt nicht zu einer solchen Konsequenz. Denn der beklagte Erbe kann hiernach davon absehen, die ihm nach § 1958 BGB. zustehende Einrede geltend zu machen. Dadurch erreicht er, dass über den Bestand oder Nichtbestand der Forderung verhandelt werden kann, ohne dass er jedoch die Erbschaft angenommen zu haben braucht.

Nur die vertretene Ansicht zudem lässt dem § 778 ZPO. die ihm gebührende Bedeutung zukommen.

Dieser würde sich sonst nur auf die verhältnismässig wenigen Fälle beziehen in denen bereits ein rechtskräftiges Urteil gegen den Erblasser vorgelegen hat.

Wäre dies wirklich der Fall, dann würde jedoch mit grosser Wahrscheinlichkeit vom Gesetzgeber ein anderer Wortlaut oder überhaupt ein anderer Weg für diese Bestimmung gewählt worden sein.

Dazu kommt, dass auch infolge der Bestimmung des § 239 Abs. 5 ZPO. erhebliche Bedenken gegen die gegnerische Absicht geltend zu machen sind. Aus dieser Bestimmung ist zu entnehmen, dass das Gesetz dem Erben ohne Rücksicht auf die Annahme der Erbschaft die Passivlegitimation zuspricht, und zwar aus folgenden Gründen:

Die angezogene Bestimmung handelt von der Unterbrechung eines Prozesses durch den Tod einer Partei einerlei, ob es sich in diesen Fällen um den Kläger oder den Beklagten handelt.

Der Abs. 5 bestimmt folgendes: „Der Erbe ist nicht verpflichtet vor der Annahme der Erbschaft einen Rechtsstreit des Erblassers aufzunehmen".

Diese Bestimmung kann sich wegen des im Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatzes nur auf die beiden Fälle beziehen, dass nämlich der Erblasser Kläger oder dass er Beklagter war.

Ist diese Folgerung aber richtig, dann ist damit gesagt, dass bei schwebenden Prozessen der Erbe vor der Annahme der Erbschaft wohl verklagt werden kann, wenn er auch nicht verpflichtet ist den Prozess bis dahin aufzunehmen.

Diese Folgerung entspricht auch dem Umstande dass die angezogenen Bestimmungen des § 239 Abs. 5 ZPO. ursprünglich einen Teil der im § 2057 des ersten Entwurfes zum BGB. erwähnten Vorschrift bildete. In dieser Bestimmung war aber nicht die Rede davon, dass dem Erben vor der Annahme der Erbschaft die passive Legitimation versagt werden

sollte. Der aus dem § 239 Abs. 5 gezogene Schluss bedarf einer Erweiterung. Es ist nur folgerichtig, dass das was für schwebende Prozesse als Resultat gewonnen ist auch für neue gegen den Erben vor der Annahme anzustrengende gilt.

Weiter ist für die vertretene Auffassung der § 246 ZPO. bedeutsam. Dieser besagt, dass eine Unterbrechung des Prozesses im Falle des Todes einer Partei dann nicht eintritt, wenn eine Vertretung durch einen Prozessbevollmächtigten stattgefunden hat. Der Prozess nimmt also ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe die Erbschaft angenommen hat oder nicht seinen Fortgang.

Wenn nun der Prozess innerhalb der Ausschlagungsfrist entschieden wird, dann ist die Folge davon dass wenigstens der gegnerischen Ansicht nach wegen § 1958 ein Klagabweisungsurteil ergehen muss. Dies ist ein durchaus unerwünschtes Resultat, welches allerdings von einem Schriftsteller (Reichel Seite 55) gezogen wird. Diese Folgerung dürfte aber dem Willen des Gesetzgebers in keiner Weise entsprechen. Sie kann aber nur verhindert werden, wenn im § 1958 BGB. eine materiellrechtliche Einrede erblickt wird.

Wenn die gegnerische Ansicht folgerichtig sein will, dann muss sie auch dazu kommen für das bürgerliche Gesetzbuch eine ruhende Erbschaft anzunehmen.

Denn ihrer Ansicht nach besteht jetzt ja nur noch das Mittel, dass der Gläubiger gemäss § 1961 BGB. einen Pfleger bestellen muss. Dieser hat den Prozess für denjenigen zu führen, welcher später Erbe wird; an dieser Folgerung kann auch die im § 1953 Abs. 2 bestimmte Zurückbeziehung nichts ändern; denn dadurch kann keinesfalls der Umstand aus der Welt

geschafft werden, dass es einmal einen Zeitpunkt gegeben hat, wo es keine Person gab, gegen die man einen Anspruch der gegen den Erblasser bestand als seinen Erben hätte gerichtlich geltend machen können.

Oft aber auch wird es dem Gläubiger nicht angenehm sein gegen den Erben klagend vorzugehen, solange er die Erbschaft noch nicht angenommen hat. Denn in dem Falle, dass dieser noch nachträglich ausschlägt kann der Gläubiger mit einem ihm günstigen Urteile nichts anfangen. Denn wie unten ausgeführt werden wird, schafft ein solches nicht auch zugleich Rechtskraft gegen den nachberufenen Erben.

Dann ist es in das Belieben des Gläubigers gestellt, sich gemäss § 1961 BGB. einen Nachlasspfleger bestellen zu lassen.

Er erreicht damit, dass die Gefahr beseitigt ist, noch einmal klagen zu müssen: Denn das in diesem Prozess ergangene Urteil wirkt für und gegen denjenigen, welcher später Erbe wird[1]).

Dieses ergibt sich daraus, dass der Nachlasspfleger nicht für seine Person sondern für denjenigen, welcher Erbe wird, prozessiert; mit anderen Worten Vertreter des Erben ist, hier also § 325 ZPO., Abs. 1 anzuwenden ist[2]).

Wer anderer Ansicht ist muss hier den § 328 ZPO. analog anwenden[3]).

Weiterhin sind auch noch folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

---

1) Vergl. Staudinger Bd. V zu § 1961 und Strohal Bd. II Seite 63.

2) Seuffert § 325 Note 2 und § 51 Note 5.

3) Hellwig, Anspruch und Klagrecht Seite 248.

Der § 1958 ist nicht allein auf den Fall zugeschnitten, dass der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat, er dürfte vielmehr in zahlreichen Fällen als analog herangezogen werden.

I. Dies sind zunächst alles die Fälle in denen der Erwerb der Erbschaft später fortgefallen ist. §§ 1949, 1956, 1957.

Wird der Erbe in dem Stadium, in welchem grade über die Anfechtung entschieden wird, gerichtlich in Anspruch genommen, dann wird man ihm eine Einrede nach § 1958 zubilligen müssen.

II. Ferner diejenigen Fälle, in denen der Erbe seine Erbschaft durch Anfechtung eines Dritten verlieren soll und die diesbezüglichen Verhandlungen noch in der Schwebe sind; wie auch dann, wenn die Klage wegen Erbunwürdigkeit des Erben angestrengt worden ist. Wird in diesem Stadium ein Anspruch gegen den Erben geltend gemacht, so wird man ihm ebenfalls nach Analogie des § 1958 eine Einrede zubilligen müssen. Denn der gesetzgeberische Grund trifft auch in diesen Fällen zu, dass nämlich solange der Erwerb der Erbschaft zweifelhaft ist, der Erbe berechtigt sein soll, sich derselben zu enthalten (Binder I Seite 163). An dieser Stelle ist auch der Fall einer Widerklage gegen den klagenden vorläufigen Erben zu erörtern. In Konsequenz der vertretenen Auffassung müssen wir dieselbe bejahen.

Selbstverständlich kann alsdann der widerbeklagte Erbe eine Einrede nach § 1958 geltend machen (vergl. aber Reichel S. 24 Anm. 2).

Dagegen steht es dem Beklagten als Erben auch vor Annahme der Erbschaft in allen Fällen frei, im Prozesse vorhandene Einreden vorzubringen. Denn dadurch macht er keinen Anspruch gerichtlich geltend, sondern er

sagt vielmehr nur, dass er berechtigt sei, die von ihm geforderte Leistung kraft besonderen Rechts zu verweigern.

Eine entgegengesetzte Ansicht würde zu unannehmbaren Konsequenzen führen, und muss daher verworfen werden. (Zustimmend Reichel S. 25.)

Aus § 1958 folgt ferner noch ein weiterer wichtiger Umkehrschluss; er besagt nämlich zugleich, dass aussergerichtliche Schritte, dem vorläufigen Erben gegenüber vorgenommen, den endgültigen Erben binden. (Zustimmend Kosack III. 1 b.)

Dies ist für einzelne Rechtshandlungen bereits im § 1959 gesagt. Z. B. Mahnung und Kündigung.

Etwas besonderes ist hinsichtlich der Frage der Aufrechnung und des Leistungsvollzuges zu sagen.

Was die Frage der Aufrechnung anbelangt, so ist behauptet worden dass dieselbe dem vorläufigen Erben gegenüber unzulässig sei[1]).

Dies ist jedoch nicht zuzugeben. Vor allem nicht in Rücksicht auf § 388 BGB. Durch die Erklärung der Aufrechnung erlischt die Gegenforderung in der Höhe, in der sie sich mit der Forderung mit der aufgerechnet werden soll, deckt. Es wird also nicht die Aufrechnung selbst, sondern die Tatsache des Aufgerechnethabens vorgebracht[1]).

Auch die Frage ob bereits ein Leistungsverzug dem vorläufigen Erben gegenüber mit Wirkung gegen den endgültigen Erben eintreten kann, ist zu bejahen[2]).

---

1) Planck Bd. V 1958, Abs. 3. Fromhold, Erbrecht Anm. 1 zu § 2014—2017. Naumann, Bem. 3 zu § 285. Strohal § 74 Note 3 Anm. 2.

2) Zustimmend Reichel a. a. O. S. 25. Zustimmend Herzfelder S. 242 Anm. 2. Derselbe in deutscher Juristen-Zeitung 1905 Seite 62. Müller cod. S. 687. Enneccerus-Kipp Seite 125.

Die Berufung auf § 1977 Abs. 1 kann nicht durchschlagen. Es muss immer wieder betont werden, dass auch der vorläufige Erbe Subjekt der Nachlassmassen ist.

Eine Berufung auf § 1978 BGB. ist jedoch ausgeschlossen, denn dieser bezieht sich lediglich auf das Innenverhältnis zwischen vorläufigen und endgültigen Erben.

Ebenfalls ist eine Berufung auf die §§ 2014 bis 2017 ausgeschlossen. Denn ein Leistungsverweigerungsrecht ist nicht dasselbe, wie das Recht, die Berichtigung einer Nachlassverbindlichkeit zu verweigern.

Die Frage der passiven Legitimation der Zwischenerben ist dahin zu entscheiden, dass ihnen so lange ihr Erwerb noch nicht angefochten ist selbstverständlich auch die Passivlegitimation zusteht.

Sobald jedoch eine derartige Anfechtung erfolgt steht ihnen das Recht zu, sich auf die Vorschrift § 1958 zu berufen und dadurch eine evtl. Verurteilung ihrerseits zu verhindern.

§ 7.

Stellung des nachberufenen Erben im Prozesse des vorberufenen.

A) Vorläufiger Erbe und nachberufener Erbe.

Die Frage nach der rechtlichen Stellung des nachberufenen Erben hängt in erster Linie davon ab welche Bedeutung man der rechtlichen Stellung des vorberufenen vorläufigen Erben zuzuweisen geneigt ist.

Eccius bei Gruchot 44, 899. Andere Ansicht aber Planck Erl. 1 zu § 2017.

Man wird leicht geneigt sein, diesen nach Analogie des Nachlasspflegers behandeln zu wollen. Dies würde insofern günstig sein, als sich damit durchaus glatte Resultate erzielen lassen. Denn wie oben ausgeführt, würde die Stellung des vorläufigen Erben als eines Pflegers des Nachlasses dahin führen, dass eine Prozessführung auch dem nachberufenen Erben gegenüber wirksam wäre.

Eine derartige Folgerung ist jedoch nicht möglich; denn der Unterschied zwischen beiden ist ein zu verschiedener; dies beweisen insbesondere die §§ 1958 und 1959; aus ihnen ist zu entnehmen dass dem vorläufigen Erben weniger Rechte an dem Nachlasse zustehen als dem Nachlasspfleger. Dazu kommt weiter noch ein durchgreifender Unterschied:

Der vorläufige Erbe wird stets, wenn er klagt, auch in eigenem Namen klagen und nicht im Namen desjenigen, welcher evtl. später einmal an seiner Stelle Erbe werden wird, der Nachlasspfleger dagegen klagt stets im fremden Namen, wie er ja auch im fremden Namen handelt.

Hellwig will in gewissen Fällen den vorläufigen Erben als Nachlasspfleger behandelt wissen. Nämlich soweit er im Rahmen der ihm im § 1959 gewahrten Vertretungsbefugnis handele, würde er zugleich auch für den Nachlass tätig, und sei infolgedessen dem Nachlasspfleger analog zu behandeln. (Vergl. Lehrb. I Seite 298). Aus den oben erörterten Gründen dürfte jedoch dieser Ansicht nicht zu folgen sein.

Man darf auch nicht daran denken, im gegebenen Falle dem § 265 ZPO. in Anwendung zu bringen; denn die Ausschlagung der Erbschaft ist nicht zugleich auch eine Veräusserung im Sinne der angezogenen Bestimmung.

Für die weitere Behandlung der aufgeworfenen Frage sind zunächst zwei Hauptfälle zu unterscheiden.

I. Der Erbe hat die Erbschaft ausgeschlagen bevor überhaupt ein Urteil ergangen ist. Der natürlichste Weg wird es in diesem Falle sein, dass der nachberufene Erbe eine neue Klage gegen den Schuldner anstrengt.

Denn für ihn ist der Prozess bedeutungslos (zustimmend Binder I S. 163 Anm. 19).

Eine Einrede der Rechtshängigkeit gegen ihn ist unbegründet, denn der nachberufene Erbe tritt nicht als Rechtsnachfolger des ausschlagenden, sondern als neue Person selbständig auf.

Durchaus unbedenklich ist es auch wenn der nachberufene den nunmehr ihm zustehenden Anspruch an den bisherigen Kläger abtritt.

Dieser kann dann in seinem Auftrage den Prozess fortführen.

Selbst wenn man hierin eine Klagänderung erblicken wollte, so dürfte dieselbe doch zulässig sein. Denn dadurch wird die Verteidigung des Beklagten in keiner Weise erschwert.

In der Berufungsinstanz ist jedoch in diesen Fällen die Zustimmung des Gegners erforderlich.

Dies bestimmt ausdrücklich § 527 ZPO.

Auch eine Streitverkündigung des Beklagten an den nachberufenen Erben ist möglich. (Siehe darüber Reichel a. a. O. S. 31.)

Ebenfalls ist es möglich, dass der nachberufene Erbe der Prozessführung des vorberufenen zustimmt. Dadurch wird die Prozessführung ihm gegenüber wirksam[1]).

1) Hellwig Lehrbuch I S. 351. Hans Hellwig bei Gruchot 55 Seite 606—625.

War der vorberufene Erbe Beklagter, dann ist die bisherige Prozessführung dem nachberufenen gegenüber bedeutungslos, und es bedarf einer neuen Verhandlung.

Was in diesem Falle gesagt worden ist, ist auch in den Fällen der §§ 1956, 1957, 1949 BGB. anzunehmen, wenn während des Prozesses die Anfechtung wirksam geschieht.

II. Der Erbe hat die Erbschaft ausgeschlagen nachdem das bereits ergangene Urteil rechtskräftig geworden ist.

Grundsätzlich gilt von jedem Urteil, dass es ius facit inter partes. Es steht somit an und für sich zu dem nachberufenen Erben in keiner Beziehung, soweit nicht besondere gesetzliche Bestimmungen platz greifen.

Hinsichtlich der Aktivprozesse des vorläufigen Erben ist behauptet worden dass sie nur dann für den nächstberufenen Erben wirksam sein sollen, wenn sie nicht ohne Nachteil für den Nachlass verschoben werden könnten[1]).

Die Ansicht trifft aber nicht zu, denn die Frage der Rechtskraftvollstreckung im geltenden Recht hat sich lediglich nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung zu richten.

Hier lassen sich aber keine diesbezüglichen Bestimmungen finden. Der Nachberufene ist nicht Rechtsnachfolger des Vorberufenen; auch § 326 kann in diesem Falle keine Anwendung finden, denn hier trifft eine Analogie nicht zu, denn der vorläufige Erbe hat solange er noch nicht angenommen hat durchaus

1) Insbesondere Hellwig Lehrbuch I Seite 298 Planck § 1959 Anm. 7. Anderer Ansicht Binder I S. 164 und Reichel a. a. O. S. 36.

noch eine unsichere Rechtsstellung. (Vergl. auch Hellwig Rechtskraft S. 26.)

Gleiches ist auch soweit Passivprozesse vorkommen können, bezüglich des verurteilten vorläufigen Erben zu sagen.

Urteile für und gegen den vorberufenen vorläufigen Erben sind also für den nachberufenen sämtlichst bedeutungslos.

B) Zwischenerbe und nachberufener Erbe.

Für alle diese Fälle ist zu sagen, dass das rechtskräftige Urteil für und gegen den Zwischenerben auch den nachberufenen Erben gegenüber wirksam ist.

Diese Ansicht bedarf näherer ausführlicher Darlegung. Auszugehen ist von den allerdings nur wenigen vorhandenen Quellenstellen. In Betracht kommen lediglich die L 44 D 42, 1; L 90 D 46,3 und L 29 § 1 D 40,7.

Die L 44 D 42,1 hat folgenden Wortlaut.

Ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore auctore et condemnata est postea abstinuerunt eam bonis paternis et ita bona defuncti ad substitutum vel ad coheredes provenerunt, quaeritur an hi (coheredes) ex causa judicati teneantur, descripsit dandam in eos actionem nisi culpa tutorum pupilla condenmata est.

Der Inhalt dieser Stelle ist folgender:

Ein Mündel ist rechtskräftig auf Grund eines Vertrages seines Vaters verurteilt worden. Die Vormünder schlagen später aus, und der Rechtssuchende fragt nun, ob er gegen den Ersatzerben, bezw. gegen die Miterben vollstrecken könne.

Der Jurist bejaht diese Frage jedoch nicht unbedingt, sondern nur mit der Einschränkung, dass das

Mündel nicht durch ein lästiges Verhalten seiner Vormünder verurteilt worden ist.

Die Entscheidung ist also sehr bedingt, insbesondere lässt sich aus der angezogenen Stelle nicht ersehen, aus welchen Gründen der Jurist zu der getroffenen Entscheidung gekommen ist; eine Rechtsnachfolge kann es nicht sein, auch nicht ein Schutz des Gutgläubigen. Wir müssen uns deshalb mit dem blossen Resultate zufrieden geben.

Ähnlich lautet L 90 D 48,3

Filius qui administrabat ut heres bona paterna pecuniam ex his Sempronio mutuam dedit et eandem particulatim recipit deinde se abstinuit quia minor annis erat ab ea hereditate.

quaesitum est curator bonorum patris constitutus an adversus Sempronium utilem actionem habet. Respondit nihil proponitur cur non is, qui voluisset id quod mutuam acceperat, liberatum esset.

Wichtig ist aber ganz besonders L 29 § 1 D 40,7.

QUINTUS MUTIUS scribit: Pater familias in testamento suo scripsit: si Andronicus servus meus heredi meo dederit decem liber esto deinde de heredis bonis coeperat controversia esse. qui se lege heredem aiebat esse is eam hereditatem ad se pertinere dicebat. alter qui hereditatem possidebat aiebat testamento se heredem esse. Secundum eum sententia dicta erat qui testamento aiebat heredem esse-deinde Andronicus-quaerebat, si ipsi viginti dedisset quoniam secundum eum sententia dicta est, futurus esset liber an nihil videatur sententia qua vicit ad eam valere. respondi valere. quapropter si viginti heredi scripto dedisset et contra possessorem iudicata esset illum in servitutem fore.

Labeo quod Qu. Mucius scribit ita putat verum esse si re vera lege ab intestato heres fuit is qui vicit. Nam si injuria judicis victus esset scriptus verus heres ex testamento nihilo minus eum paruisse conditioni ei dando et liberum fore.

sed verissimum est quod et Aristo Celso rescripsit posse dari pecuniam herede ab intestato secundum quem sententia dicta est, quoniam lex duodecim tabularum exceptionis verbo omnem alienationem complexa videretur: non interesse quo genere quisque dominus eius fieret et ideo hunc quoque ea lege contineri secundum quem sententia dicta est et liberum futurum eum qui ei dedisset pecuniam; hunc autem id est possessorem hereditatis, cui data esset summa, si victus esset hereditatis petitione cui ceteris hanc quoque pecuniam victori restituere debere.[1])

Der Grund, aus welchem der Jurist sich zu seiner Ansicht entschieden hat, ist nicht ersichtlich.

Einige wollen hier eine Rechtsnachfolge des Nachberufenen dem Zwischenberechtigten gegenüber annehmen (Hans Hellwig a. a. O.). Andere nehmen Cessionsgrundsätze an und befreien den Andronicus auf Grund seines guten Glaubens von einer erneuten Zahlung an den Berechtigten.

Für das geltende Recht sind für die gleiche Frage verschiedene Möglichkeiten zu berücksichtigen.

---

1) Die Literatur über diese Stelle ist beschränkt, Vergl. Hans Hellwig Erbschaftserwerb und Erbschaftsrescission. Seite 91 f. Paul Krüger in der Zeitschrift der Savignystiftung Romanische Abteilung. Bd. XXIV Seite 13. Jehring in dormatischen Jahrbüchern Passivwirkung der Rechte Anm. 10. Binder Subjektive Grenzen der Rechtskraft S. 95. Otto Fischer in Jehrings Jahrbüchern Bd. XXXX S. 172 Anm. 2.

Es muss untersucht werden, ob nicht eine der zahlreichen Vorschriften, die von einer Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte sprechen (§§ 325, Abs. 1 und 2 § 328, 326) in Anwendung kommt.

Hinsichtlich der Frage ob § 325 Abs. 1 anwendbar ist, ist von dem Begriffe der Rechtsnachfolge auszugehen.

Diese umfasst ein doppeltes: die Gesamt- und die Sonder-Nachfolge. Hier kann nur die letztere in Betracht kommen.

Wir haben deshalb zu prüfen, ob der nachberufene Erbe seine Rechtsstellung von dem Zwischenerben her leitet, oder vielmehr von dem Erblasser. Allgemein wird das letztere angenommen die andere Ansicht ist mit der im § 142 BGB. konstatierten Rückwirkung unvereinbar[1]).

Diese wird lediglich von Hellwig vertreten[2]), der in dem nachberufenen Erben den Rechtsnachfolger des Zwischenerben erblickt; mit der Bestimmung des § 142 findet er sich damit ab, dass er sagt, dass die materiellrechtliche Rückwirkung für den Zivilprozess ohne Bedeutung sei. (a. a. O. Seite 122.)

Zur Begründung seiner Ansicht vergleicht er zunächst das anfechtbare schwebend wirksame Rechtsgeschäft des § 142, 1 mit dem schwebend unwirk-

---

1) Die Ansicht, dass der Nachberufene Rechtsnachfolger des Erblassers ist und nicht des Zwischenerben wird von folgenden Schriftstellern vertreten: Dernburg I § 118 Anm. 3. Planck Vorbemerkung IV. 5 u. 6 zu § 142, 1 § 161, 3. Hölder § 221, 3 Örthmann § 142 d Strohal § 1 Seite 13 u. 14. Derselbe. Grenzen der Urteilsrechtskraft Seite 163. Lessing. Begriff der Rechtsnachfolge S. 49. Motive Bd. I S. 378/79. Gaupp-Stein § 325 Note 16.

2) Hellwig, Rechtskraft § 16. Lehrbuch § 30.

samen Rechtsgeschäft des § 185, 2 BGB. und führt dazu aus.

„Wie ein schwebend unwirksames Rechtsgeschäft durch die Genehmigung wirksam wird und diese auf den Zeitpunkt des Rechtsgeschäftes zurückwirft, so gilt von den anfechtbaren schwebend wirksamen Rechtsgeschäfte umgekehrt das entsprechende".

D. h. es wird unwirksam und dieses wirkt auf den Zeitpunkt des Rechtsgeschäftes zurückbezogen.

Mit dem abweichenden Wortlaut des § 142 Abs. 1 BGB. findet er sich damit ab, dass er sagt, es ist eine reine Zufälligkeit wenn dort, (§ 185 Abs. 2 BGB.) der fictionsweise Ausdruck vermieden im Falle der Anfechtung aber gewählt worden ist (a. a. O. S. 121).

Es dürfte jedoch zunächst nicht richtig sein, der Fassung des § 142 eine untergeordnete Bedeutung beizumessen.

Dazu kommt, dass das anfechtbare Rechtsgeschäft durch § 142 nicht eine schwebende Wirksamkeit sondern vielmehr eine schwebende Nichtigkeit bedeutet.

Hellwig führt nun weiter aus, dass die Anfechtbarkeit gleichzeitig auch das Gegenstück zu dem Ausstehen der Auflösung einer rechtsgeschäftlichen Wirkung ist. Hier tritt nämlich die Wirkung kraft Gesetzes ein (a. a. O. S. 124). Hellwig schliesst daraus folgendes: Wie in jenem Falle der Rückerwerber Rechtsnachfolger des Zwischenberechtigten ist, so muss er es auch in diesem Falle sein.

Dieser Vergleich muss wieder daran scheitern, dass allgemeiner Ansicht nach der Rückerwerber bei der auflösenden Bedingung nicht Rechtsnachfolger des Zwischenberechtigten, sondern vielmehr des ursprünglich Berechtigten geworden ist.

Eine andere Auffassung ist auch mit dem System des bürgerlichen Gesetzbuches unvereinbar (vergl. Planck I § 161,2 und Strohal, Urteilsrechtskraft S. 163).

Die Anwendung des § 325,1 scheidet also aus.

Es bleibt noch zu untersuchen, ob nicht der mit dem Zwischenerben klagende auf Grund seines guten Glaubens einen besonderen Schutz geniesst.

Der Zwischenerbe ist durch die Anfechtung zu einem Nichtberechtigten geworden.

Regelmässig äussert die Prozessführung mit einem solchen keine Wirkung gegen den in Wahrheit Berechtigten.

Dieser Grundsatz wird jedoch für gewisse Fälle durchbrochen und damit der mit einem Nichtberechtigten Prozessierende auf Grund seines guten Glaubens geschützt. § 407 Abs. 2 BGB. Aber regelmässig nur unter der Voraussetzung dass der Nichtberechtigte auch Rechtsgeschäfte gegen den in Wahrheit berechtigten wirksam vornehmen kann. § 407 Abs. 1 BGB.

Schützt das Gesetz für das Privatrecht einen gutgläubigen Dritten dem Nichtberechtigten gegenüber, dann gilt nach Ansicht Hellwigs auch für die Verhältnisse des Prozesses ein Gleiches. Und zwar findet für ihn, wenn eine derartige ausdrückliche Bestimmung nicht getroffen ist, der § 325 Abs. 2 ZPO. Anwendung[1]).

Seine Ansicht trifft deswegen aber nicht zu, weil das deutsche Recht keine allgemeine Vorschrift kennt, die zum Schutze gutgläubiger Dritter bestimmt ist.

---

1) Hellwig in deutscher Juristenzeitung 4,473 im Recht 6,65. Rechtskraft Seite 390 folg. und Seite 466 folg. Lehrbuch I § 54.

Solche Vorschriften sind vielmehr nur auf einzelne bestimmte Fälle berechnet.

Ebenfalls verbietet sich auch eine analoge Anwendung des § 328 ZPO. denn der Testamentsvollstrecker wird stets im fremden Namen handeln, der Zwischenerbe dagegen stets im eigenen Namen, eine besondere Repräsentationsbefugnis wie dem Testamentsvollstrecker kann aber dem Zwischenerben dem Nachberufenen gegenüber nicht zugesprochen werden, denn dazu hätte es einer ausdrücklichen diesbezüglichen gesetzlichen Bestimmung bedurft.

Auch von einer Reflexwirkung kann in vorliegendem Falle keinesfalls die Rede sein, denn darunter versteht man die Erstreckung der Rechtskraft auf dritte Personen, derart dass die in dem Urteil enthaltene Feststellung unter Fortbestand ihrer Wirkung gegen die Partei auch zugleich gegen die dritte Person wirksam ist.

Somit bleibt nur noch die Möglichkeit der Anwendung des § 326 ZPO. zu prüfen.

Der Nacherbe sowohl als der nachberufene Erbe sind nicht Rechtsnachfolger des Vorerben bezw. des Zwischenerben, sondern des Erblassers.

Auch bei den Nacherben tritt eine Zurückbeziehung in gleicher Weise wie bei dem Zwischenerben ein § 2139.

Der Vorerbe hat im Zweifel eine unumschränkte Verfügungsmacht § 2100 aber auch die Zwischenerben sind, solange ihr Erwerb noch nicht reszindiert ist, unumschränkt verfügungsberechtigt. Daran kann auch die Tatsache der nachträglich erfolgten Anfechtung nichts hindern. Das entscheidende Criterium im § 326 ZPO. für die Rechtskrafterstreckung auf den Nacherben ist die dem Vorerben zustehende Verfügungsbefugnis. Wer eine solche hat, kann auch wirksam prozessieren.

Es rechtfertigt sich deshalb die analoge Anwendung des § 326 Abs. 2 auf die Fälle der Zwischenerben.

Dazu kommt aber auch noch dass eine anderweitige Entscheidung geeignet ist eine gewisse Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiete herbeizuführen.

Im Resultate stimmt die vertretene Ansicht mit der Hellwigschen überein. Die Motive freilich nehmen im Falle dass der Erbe infolge Erbunwürdigkeitserklärung später weggefallen ist an, dass die Prozesse desselben für nachberufene bedeutungslos sind. Motive Band V S. 602.

Es ist aber nicht ersichtlich warum in diesem Falle eine Ausnahme gelten soll. Vielmehr gilt das oben gesagte auch für diesen Fall.

Hellwig schützt in diesem Falle nur dann den Nachberufenen, wenn der Erbunwürdige auf Grund eines Erbscheines prozessiert hat. Anspruch des Klagrechts S. 227.

Die analoge Anwendung des § 326 Absatz 2 rechtfertigt sich ferner noch aus dem Gesichtspunkte, dass sowohl Vorerbe wie Zwischenerbe in eigenem Namen klagen.

Demnach ist festzustellen dass ein Urteil welches zwischen einem rescindierten Erben ergangen ist für und gegen den Nachberufenen wirksam ist.

Die Fälle der §§ 1949, 1956, 1957 sind was die Frage der Rechtskrafterstreckung anbelangt, den Fällen der Rechtskrafterstreckung unter Zwischenerben und nachberufenen Erben analog zu behandeln. Denn die Wirkung der Anfechtung muss überall die gleiche sein.

§ 8.

Unterbrechung und Aufnahme von Prozessen des Erblassers durch den vorläufigen Erben.

Es ist bereits dargelegt worden, dass der Erbe auch vor Annahme der Erbschaft unterbrochene Prozesse aufnehmen kann.

Es sind noch einige Einzelheiten nachzutragen.

Nach § 239 ZPO. wird durch den Tod des Erblassers, wenn er keinen Prozessbevollmächtigten hat, ein von oder gegen ihn begonnener Prozess unterbrochen.

Es bedarf einer näheren Darlegung mit welchem Zeitpunkte ein Prozess begonnen ist, denn danach unterscheidet es sich, ob er bereits zu Lebzeiten des Erblassers begonnen ist und deshalb die Bestimmungen des § 239 folg. Anwendung zu finden haben, oder ob er so anzusehen ist, als sei er von dem Erben begonnen worden.

Bei Lebzeiten des Erblassers ist der Prozess dann begonnen, wenn der Gerichtsvollzieher die Klagschrift zum Zwecke der Zustellung erhalten hat. Es kommt nicht darauf an, ob die Zustellung bereits ausgeführt worden ist oder nicht. Es ist gleichgültig, ob dieselbe vor oder nach dem Tode des Erblassers erfolgt, denn die Bestimmung des § 130 BGB. muss hier wenn nicht direkt, so doch zum mindesten analog angewendet werden[1]).

Wenn also die Klagschrift von dem Erblasser dem Gerichtsvollzieher übergeben worden ist, ist das Prozessverhältnis in der Person des Erblassers zu

---

1) Zustimmend Hellwig, Lehrbuch Bd. II. S. 300, Weizsäker in ZPr. 27, 98 andere Ansicht Reichel S. 56.

Stande gekommen. Stirbt der Erblasser in der Zeit zwischen der Übergabe der Klagschrift an den Gerichtsvollzieher, und der Zustellung derselben an den Beklagten, so kann diese trotz dem noch an demselben wirksam erfolgen.

Es tritt jedoch in dem Augenblick der Zustellung der Klagschrift gleichzeitig eine Unterbrechung des Prozessverhältnisses ein.

Der Erbe kann dies aber dadurch verhindern, dass er gleichzeitig mit der Klagschrift einen Schriftsatz zustellen lässt des Inhalts, dass er an Stelle des Erblassers in das Prozessverhältnis eingetreten sei. (Hellwig, Lehrbuch II § 112 Anm. 15.)

Anders liegt die Sache wenn der Erblasser Prozessvollmacht erteilt hatte. In diesem Falle tritt ohne Rücksicht darauf, ob die Klagschrift noch zu Lebzeiten des Erblassers zugestellt worden ist oder nicht, keine Unterbrechung des Verfahrens ein.

Hierzu bedarf es vielmehr eines besonderen Antrages des Prozessbevollmächtigten. Auch der Gegner kann eine Aussetzung des Verfahrens im Falle des Todes der anderen Partei beantragen. § 246 ZPO.

Die Rechtsnachfolger des Erblassers haben, wenn sie die Erbschaft angenommen haben, den Rechtsstreit mit tunlichster Beschleunigung aufzunehmen. Eine Ausnahme gilt nur, solange der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat.

Hier tritt nämlich die Vorschrift des § 239 Abs. 5 ZPO. ein. Der Erbe ist vor der Annahme der Erbschaft zur Fortsetzung des Rechtsstreites nicht verpflichtet.

Wird er also zur Aufnahme des Rechtsstreites aufgefordert, erscheint er aber nicht in dem zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termin, so

kann gegen ihn, wenn zugleich die Annahme der Erbschaft behauptet wird, ein Versäumnisurteil erlassen werden. Erscheint er aber und will er, da er die Erbschaft noch nicht angenommen hat, noch nicht zur Sache verhandeln, dann muss der Antrag des Gegners als zur Zeit unzulässig zurückgewiesen werden.

Da es sich hier um eine prozessrechtliche Vorfrage handelt, so hat dieses nicht durch Beschluss des Gerichtes sondern durch Prozessurteil zu erfolgen. (Zustimmend Reichel S. 53, A. A. Seuffert, zu § 239 Abs. 5 Note 5.)

§ 9.

Aktivvollstreckung.

Ist ein Urteil zu Gunsten des Erblassers ergangen, so kann sich auch der Erbe, wenn er die Erbschaft noch nicht angenommen hat auf Grund des § 727 ZPO eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils verschaffen. Denn auch der vorläufige Erbe ist für die Dauer seiner Berufung Rechtsnachfolger des Erblassers. Zustimmend Reichel S. 56.

Eine solche wird jedoch unter Umständen das Gericht davon abhängig machen, dass ihm der Beantragende einen Erbschein vorlegt.

Diesem Verlangen kann natürlich der Erbe, wenn er sich die Ausschlagung der Erbschaft noch vorbehalten will, nicht nachkommen.

Er kann dann eine vollstreckbare Ausfertigung nur erhalten, wenn er auf Grund des § 731 ZPO. auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage erhebt.

In diesem Prozesse hat er alsdann lediglich darzutun, dass Vorberufene nicht vorhanden sind und

dass er, sei es aus Gesetz oder Testament, zur Erbschaft berufen ist.

Hat der Erbe vor der Annahme den Schuldtitel erwirkt dann kann er auch ohne weiteres vollstrecken.

Ist der Schuldtitel von einem Erben nach §§ 1949, 1956/57 oder einem Zwischenerben erwirkt worden, und dieser, bevor er vollstrecken konnte, durch Anfechtung etc. fortgefallen, dann kann der Nachberufene auf Grund des § 728 ZPO. für sich die Vollstreckungsklausel erwirken.

Die analoge Anwendung dieser Bestimmung rechtfertigt sich auf Grund der Ausführungen welche oben zu dem § 326 ZPO. gemacht worden sind.[1])

Der Nachberufene braucht dabei noch nicht die Erbschaft angenommen zu haben. Evtl. muss er sich die vollstreckbare Ausfertigung durch eine Klage auf Grund des § 731 ZPO. verschaffen.

Es ist möglich, dass ein später wieder fortgefallener Erbe, der ein rechtskräftiges Urteil gegen den Schuldner des Erblassers erhalten hat, auf Grund desselben auch die Vollstreckung versuchen wird. Z. B. der Erbe nach Ausschlagung der Erbschaft oder der Zwischenerbe nach erfolgter wirksamer Anfechtung des Testamentes oder nach erfolgter Erbunwürdigkeitserklärung.

Der davon betroffene hat dann ein doppeltes Mittel.

I. Er kann nach § 767 ZPO. die Vollstreckungsgegenklage erheben.

II. Er kann anch nach § 256 ZPO. Feststellungsklage erheben.

Der hierdurch erlangte Schutz ist jedoch nicht, wie unten weiter gezeigt werden wird, für den Vollstreckungsschuldner ausreichend.

---

1) S. 50 ff.

Der Vollstreckungsschuldner kann aber auch die in I. und II. erwähnten Klagen miteinander verbinden; und wird dieses zweckmässig auch tun.

Diese Ansicht bedarf einer näheren Darlegung.

Zweck der Vollstreckungsgegenklage ist die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung festzustellen. Sie ist deshalb ihrer rechtlichen Natur nach eine besondere Art der Feststellungsklage. (Seuffert § 767 ZPO. Über abweichende Ansichten vergl. die daselbst angeführte Literatur.)

Wer sich daher auf § 767 berufen will hat deshalb stets ein rechtliches Interesse an alsbaldige Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung darzutun.

Dieses ist dann von selbst gegeben, wenn die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hat.

Weil die Vollstreckungsgegenklage eine besondere Art der Feststellungsklage ist, könnte man meinen, dass dadurch die allgemeine Feststellungsklage ausgeschlossen sei.

Dieses stimmt aber nicht, denn die allgemeine Feststellungsklage bezieht sich lediglich auf die Verhältnisse des materiellen Rechtes. Die Vollstreckungsgegenklage aber lediglich auf Verhältnisse des Prozesses.

Der Zulässigkeit der Feststellungsklage steht aber auch nicht das rechtskräftige Urteil entgegen: denn dieses soll durch die Klage gar nicht aufgehoben werden[1]), sondern es wird nur die Feststellung getroffen „dass der im Urteil festgestellte Anspruch

1) Langheineken Urteilsanspruch S. 179.

nachträglich irgendwie wieder fortgefallen ist“[1]). Die Feststellungsklage allein würde aber niemals ausreichend sein, denn sie bildet als solche keinen vollstreckbaren Titel[2]).

Ferner fragt es sich ob der Vollstreckungsschuldner die Klage aus § 767 ZPO. auch vor dem Beginnen der Zwangsvollstreckung anstrengen kann.

Hier stehen sich zwei Ansichten gegenüber.

Nach der einen Auffassung ist die Klage nur dann zulässig, wenn die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hat[3]).

Andere gewähren die Vollstreckungsgegenklage schon vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung, wenn ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung der Unzulässigkeit derselben dargetan wird.

Dieser Ansicht dürfte zu folgen sein.

Die Vertreter der ersteren Meinung berufen sich auf die Motive zur Zivilprozessordnung, sowie auf die Stellung des § 767 ZPO. im System derselben. Sie stützen sich ferner darauf, „dass solange die Zwangsvollstreckung noch nicht begonnen habe, ein Angriff nicht vorliege welcher zurückzuweisen wäre.“ (Kohler a. a. O. Bd. 77 S. 12.)

Demgegenüber machen die Vertreter der zweiten, jetzt allgemein herrschenden, Ansicht für sich geltend, dass der Wortlaut des § 767 ZPO. nicht gegen ihre Auffassung spreche. (RG. 38, 429.) die Klage auch aus allgemeinen Gesichtspunkten heraus zu rechtfertigen sei, dazu kommt noch der Hauptzweck des § 767 ZPO. nämlich die Unzulässigkeit der Zwangs-

1) Reichsgericht in Seufferts Arch. Bd. 59, S. 78.

2) Seuffert zu § 256 ZPO. Note 5.

3) Kohler im Archiv für die Ziv. Prax. Bd. 72 S. 12, Bd. 80 S. 163. Rintelen in ZZPr. Bd. 9, 197.

vollstreckung überhaupt herbeizuführen. (Gaupp-Stein § 767 ZPO. Abs. 2 Buchst. c.)

Die Stellung des § 767 ZPO. im Systeme kann eine so weittragende Bedeutung nicht haben, dass allein deshalb die Vollstreckungsgegenklage ausgeschlossen sein sollte, wenn sie vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung angestrengt wird.

Es finden sich nämlich auch im 8. Buche der ZPO. zahlreiche Bestimmungen, welche den Beginn der Zwangsvollstreckung nicht zur Voraussetzung haben (RG. 38, 420) z. B. §§ 722, 731.

Zudem würde im entgegengesetzten Falle ein berechtigtes Interesse des Betroffenen, auch die bevorstehende Zwangsvollstreckung abwenden zu können, unberücksichtig bleiben müssen, denn dazu genügt die Klage aus § 256 ZPO. nicht. Die Motive zur ZPO. (Seite 406) folgen freilich der ersteren Ansicht, das darf jedoch nicht ausschlaggebend sein, da anzunehmen ist, dass dieselben von der Regel, dass die Zwangsvollstreckung im Anschluss an das erlassene Urteil sofort vorgenommen würde, ausgehend, sich mehr mit der Frage zu befassen scheinen, ob auch nach Vollendung der Zwangsvollstreckung die Klage aus § 767 ZPO. gegeben sei.

Ferner muss noch bemerkt werden, dass die gegnerische Ansicht auch aus Zweckmässigkeitsgründen zu verwerfen ist.

Im einzelnen Falle ist jedoch stets noch, wenn der Vollstreckungsschuldner die Klage aus § 767 ZPO. vor Beginn der Zwangsvollstreckung anstrengen will, zu prüfen, ob ein Interesse an alsbaldiger Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung gegeben ist.

Die weiteren Voraussetzungen für eine Vollstreckungsgegenklage sind gegeben. Der Schuldner

kann die Einwendung, dass der ursprünglich berechtigte Erbe seine Erbstellung und damit auch die Aktivlegitimation verloren habe durch Einspruch nicht mehr geltend machen.

§ 10.

Passivvollstreckung.

Bei der Passivvollstreckung ist die Lage verschieden, je nachdem der vollstreckende bereits ein Schuldtitel gegen den Erblasser oder aber gegen den Erben erlangt hat. § 787, 789 ZPO.

Im ersteren Falle wird eine Zwangsvollstreckung die bereits begonnen hat, in den Nachlass des Erblassers fortgesetzt. Dazu bedarf es keiner vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils gegen den Erben vielmehr genügt der ursprüngliche Schuldtitel (Seuffert, § 779,1 b ZPO.).

Der Augenblick, in welchem eine Zwangsvollstreckung als begonnen anzusehen ist, ist für einzelne Materien verschieden.

I. Bei Mobilien beginnt die Zwangsvollstreckung mit dem Pfändungsakte durch den Gerichtsvollzieher. §§ 808, 809 ZPO.

II. Bei Forderungen und anderen Vermögensrechten beginnt sie mit Erlass des Pfändungsbeschlusses durch das Vollstreckungsgericht. §§ 829, 846 ZPO. (Nicht erst mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner. Seuffert, § 750 Note 1 und die daselbst angef. Literatur.)

III. In das unbewegliche Vermögen beginnt die Zwangsvollstreckung mit der Anordnung der Zwangsversteierung oder der Zwangsverwaltung. §§ 15, 16, 146 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und

die Zwangsverwaltung, bezw. mit der Anordnung der Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 867 ZPO.

Ein einstweiliger besonderer Vertreter wird gestellt, wenn bei der Vollstreckungshandlung die Zuziehung des Schuldners nötig ist, der schuldende Erbe aber die Erbschaft noch nicht angenommen hat. § 779 Abs. 2 ZPO.

Das Vorhandensein eines Nachlasspflegers schliesst jedoch die Bestellung eines derartigen besonderen Vertreters aus. § 779 Abs. 2 letzter Satz.

Hatte die Zwangsvollstreckung noch nicht begonnen, so kann nur dann gegen den Erben vollstreckt werden, wenn dieser die Erbschaft bereits angenommen hat. Alsdann ist eine vollstreckbare Ausfertigung nach § 727 ZPO. gegen ihn zu erteilen.

Andernfalls ist jedoch nur eine Vollstreckung in den Nachlass zulässig. § 778 Abs. 1 ZPO.

In diesem Falle ist eine besondere Bestellung eines Nachlasspflegers nach § 1960, 1961 BGB. erforderlich. Der Gläubiger muss alsdann den gegen den Erblasser erwirkten Schuldtitel mit einer Vollstreckungsklausel gegen den Nachlasspfleger versehen lassen. § 727 ZPO.

Dringt der Gläubiger mit seinem Antrag bei dem Vollstreckungsgericht nicht durch, dann muss er nach § 731 ZPO. Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel erheben.

Unserer Auffassung gemäss kann auch gegen den Erben, welcher die Erbschaft noch nicht angenommen hat ein Schuldtitel vorliegen. Eine Vollstreckung ist hier jedoch ebenfalls gemäss § 778 ZPO. ausgeschlossen (vergl. Binder I S. 116 und Hellwig Anspruch und Klagrecht S. 494).

Wird trotzdem gegen den Erben vor Annahme der Erbschaft die Zwangsvollstreckung vorgenommen dann steht ihm die Wiederklage nach § 771 ZPO. zu.

Hat der Erbe die Erbschaft hinterher ausgeschlagen, dann kann er gemäss dem oben § 8 gesagten eine Vollstreckungsgegenklage bezw. Feststellungsklage nach § 767, 256 ZPO. anstrengen.

Sind Erben nach §§ 1949, 1956/7 oder Zwischenerben, die rechtskräftig verurteilt worden waren, später in Folge einer Anfechtung etc. wieder fortgefallen, dann gilt für sie dasselbe was für den Erben gilt, wenn er die Erbschaft ausgeschlagen hat.

Wird, nachdem der Erwerb der Erbschaft bereits angefochten ist, auf Grund eines vollstreckbaren Titels die Zwangsvollstreckung gegen den Zwischenerben begonnen dann wird in diesem Stadium der § 778 Abs. 1 analog angewendet werden müssen.

Denn in diesem Stadium ist, solange über die Anfechtung noch nicht endgültig entschieden worden ist, es ungewiss, wer die Erbschaft bekommt.

Dann ist aber die analoge Anwendung der angezogenen Bestimmung gerechtfertigt, weil diese auf dem Gesichtspunkte beruht, dass die Vollstreckung gegen den Erben dann nicht erfolgen solle, wenn es noch ungewiss ist, wer die Erbschaft bekommt.

Dem Gläubiger steht immer noch ein ausreichender Schutz zu, denn er kann gemäss §§ 1960, 1961 BGB. einen Nachlasspfleger sich bestellen und alsdann die Zwangsvollstreckung vornehmen lassen.

§ 11.

Arrest und einstweilige Verfügung.

Der Arrest und die einstweilige Verfügung sind ebenfalls Handlungen der Zwangsvollstreckung. Für

den Arrest folgt dieses aus § 928 ZPO. für die einstweilige Verfügung aus § 936 ZPO.

In Konsequenz der vertretenen Auffassung ist festzustellen, dass auch der vorläufige Erbe zu Stellung derartiger Anträge berechtigt ist.

Er hat dazu lediglich den Berufungsgrund und das Fehlen vom Vorberechtigten darzutun, nicht aber die Annahme der Erbschaft.

Ein derartiges Recht muss unbedingt auch deshalb gefordert werden, weil sonst die Sicherheit des Nachlasses unter Umständen erheblich gefährdet werden könnte. Denn die Bestellung eines Nachlasspflegers nach §§ 1960, 1961 BGB. wird unter Umständen nicht mehr schnell genug erfolgen können.

War ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung bereits gegen den Erblasser erlassen worden, dann bleibt diese natürlich auch dem vorläufigen Erben gegenüber bestehen.

Ein gleiches gilt, wenn die genannten Zwangsvollstreckungsmassregeln gegen einen Zwischenerben vollzogen worden sind; dann bleiben diese Massregeln auch den nachberufenen gegenüber wirksam.

Ebenfalls wird man ein Gleiches auch in den Fällen der §§ 1949, 1956, 1957 BGB. annehmen müssen, wenn diese auch der Regel nach so behandelt werden müssen, wie diejenigen Fälle, in denen der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat.

Die vorgeschlagene Behandlung erscheint aber deswegen unbedenklich weil beides, Arrest sowohl als auch einstweilige Verfügung lediglich Sicherheitsmassregeln sind, die an der Substanz des Nachlasses nichts verändern.

Gegen den Erben welcher die Erbschaft noch nicht angenommen hat, kann ein Arrest vollzogen

bezw. eine einstweilige Verfügung nur dann erlassen werden, wenn der diesbezügliche Beschluss bereits bei Lebzeiten des Erblassers erlassen worden ist. § 928, 936 in Verbindung mit 778 Abs. 1 ZPO.[1]). Denn beide sind Zwangsvollstreckungshandlungen.

Gegen den Erben vor der Annahme der Erbschaft ist der Erlass eines Arrestes oder die Anordnung einer einstweiligen Verfügung unzulässig[2]).

Die Unzulässigkeit derselben darf jedoch nicht aus § 1958 gefolgert werden. Dies würde der vertretenen Auffassung wenigstens nicht entsprechen. Es trifft vielmehr die Bestimmung des § 778 ZPO. zu, in Verbindung mit § 928 und 936 ZPO. Danach ist solange der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat, die Anordnung eines Arrestes wegen eines Anspruches der sich gegen den Nachlass richtet nur in dem Nachlass zulässig.

In diesen Fällen also kann der Gläubiger nur dann zum Ziele kommen, wenn er nach §§ 1960, 1961 BGB. einen Pfleger für die Erbschaft durch das Nachlassgericht bestellen lässt.

Denkbar ist es jedoch, dass das Gericht, von falschen Voraussetzungen ausgehend, obwohl der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat, Arrestbeschluss angeordnet bezw. eine einstweilige Verfügung erlassen hat.

In diesen Fällen steht dem Erben der Schutz des § 766 ZPO. zur Seite.

Es herrscht allerdings Streit darüber, ob sich diese Bestimmungen blos auf Vollstreckungshandlungen

---

1) Zustimmend Seuffert § 787 Note 5. Gaupp-Stein § 787 Note 4. Petersen § 787 Note 4. Freudenthal § 787 Note 3.

2) Rg. Bd. 60 S. 181 und die in Seite 27 Anm. 2 zitierten.

des Gerichtsvollziehers, oder aber auch auf Vollstreckungsbeschlüsse des Gerichtes beziehen.

Über die einzelnen Ansichten vergleiche Seuffert § 766, Note 2.

Mit ihm wird man aus praktischen Rücksichten annehmen müssen dass die Voraussetzung des § 766 ZPO. dann vorliegen, wenn derjenige, welcher die Einwendungen vorbringt, vor Erlass des Beschlusses nicht gehört worden ist. Die Entscheidung erfolgt alsdann durch Beschluss des Gerichtes und erst gegen diesen findet Beschwerde auf Grund des § 793 ZPO. statt.

Ist aber der Schuldner bereits vor Erlass des Beschlusses gehört worden, dann steht ihm nur nach § 793 ZPO. die sofortige Beschwerde zu.

§ 12.

Das Mahnverfahren.

In dem Antrag auf Erlass eines Zahlungsbefehles liegt zweifellos eine Geltendmachung des dem Gläubiger stehenden Anspruches.

Der vertretenen Auffassung entspricht es nicht, wenn der Antrag des Gläubigers auf Grund des § 691 ZPO. in Verbindung mit § 1958 BGB. gegen einen Erben, von dem es noch nicht feststeht, ob er die Erbschaft angenommen hat oder nicht von dem Gerichte abgelehnt wird.

Auch lässt sich zur Begründung einer Abweisung des Gesuches nicht der § 778 ZPO. heranziehen.

Das Mahnverfahren als solches ist kein Teil der Zwangsvollstreckung[1]). — Dann gehörten die diesbezüglichen Bestimmungen in das 8. Buch der ZPO. — Sei es nun dass man das Mahnverfahren zum Zivil-

1) A. A. Skedl, Das Mahnverfahren S. 116.

prozess rechnen will[1]) oder den ausserordentlichen Verfahrensarten der ZPO. zu unterstellen geneigt ist[2]).

In den Bestimmungen über das Mahnverfahren (7. Buch der ZPO.) sind keine Bestimmungen darüber getroffen, in welcher Weise es durch den Tod einer der Parteien beeinflusst wird.

Es befindet sich hier also eine Lücke, die aus den übrigen Bestimmungen der Zivilprozessordnung zu ergänzen ist.

In diesem Falle kommen alsdann der § 239 folg. ZPO. zur Anwendung. Dies wird auch jetzt allgemein anerkannt[3]).

Denkbar ist zunächst der Fall, dass der Gläubiger nach Einreichung des Gesuches aber vor Erlassung des Zahlungsbefehles gestorben ist. Es fragt sich, ob der Zahlungsbefehl noch gültig erlassen werden kann. Dies dürfte zu bejahen sein. Erforderlich ist nur, dass der Antragsteller noch gelebt hat, als das Gesuch zur Post gegeben wurde bezw. als dritte Person mit der Übermittlung desselben an das Gericht betraut worden sind. (Dies folgt aus § 130 BGB.)

Sobald der Zahlungsbefehl aber erlassen worden ist, wird gem. § 239 ZPO. eine Unterbrechung des Mahnverfahrens eintreten.

Stirbt dagegen der Schuldner in dem Zeitraume zwischen dem Gesuche des Gläubigers und der Erlassung des Zahlungsbefehles dann muss das Gesuch zurückgewiesen werden, da es mit den Vorschriften des § 690 ZPO. nicht mehr übereinstimmt.

---

1) Seuffert, Vorbem. 1 vor § 688.

2) Eccius bei Gruchot Bd. 23 S. 136.

3) Seuffert § 693 Note 5. Gaupp-Stein § 693 Note 5. Goldering in ZZPr. I. 467. Skedl a. a. O. S. 150. Jastrow, ZZPr. VII. 560. Hachenburg in dem Bad. Annalen LIV. S. 235.

Stirbt der Gläubiger innerhalb der Widerspruchsfrist, so würde auch hierdurch strenger Auffassung nach gemäss § 239 ZPO. das Verfahren unterbrochen werden. Aus praktischen Gründen ist jedoch zu fordern, dass in diesem Falle die Widerspruchsfrist ohne Unterbrechung weiter läuft, indem man als Antragsteller die nunmehrigen Erben des Gläubigers, die ja auch vor der Annahme aktiv legitimiert sind, betrachtet.

Ausserdem trifft in diesem Falle die Ratio legis des § 239 ZPO. nicht zu, denn dieser ist darauf berechnet dass die Parteien durch Unterbrechung die Möglichkeit haben sollen sich über den Fall zu instruieren, ein Gesichtspunkt der für diese Fälle aber nicht zutrifft. Wenn dagegen der Schuldner innerhalb der Widerspruchsfrist gestorben ist, dann muss nach § 239 ZPO. eine Unterbrechung des Verfahrens eintreten und zwar wegen § 239 Abs. 5 ZPO. und § 1958 BGB.

In einem besonderen Termine zu dem die Rechtsnachfolger des Schuldners zu laden sind, ist über die Aufnahme zu verhandeln und zwar lediglich über diese. Es ergeht danach ein Zwischenurteil dass der Rechtsstreit als aufgenommen anzusehen ist bezw. dass die Aufnahme des Rechtsstreites zur Zeit unzulässig ist. Insbesondere ist hierbei die Bestimmung des § 239 Abs. 5 ZPO. zu beachten.

Erscheint der beklagte Erbe am anberaumten Termine nicht dann kann der vertretenen Auffassung nach trotzdem ein Versäumnisurteil ergehen, wenn die Annahme behauptet worden ist; sonst nicht.

Nach Erlass des Zwischenurteiles beginnt wegen § 249 ZPO. für den Zahlungsbefehl eine neue Widerspruchsfrist zu laufen. (Seuffert § 699 Abs. 1 c.)

Nach Ablauf derselben kann der Erlass des Vollstreckungsbefehles beantragt werden.

Der Fall des § 246 ZPO. wird auf Seiten des Schuldners nicht vorkommen. Kommt er aber auf Seiten des Gläubigers vor, dann kann auch der Schuldner eine Unterbrechung des Verfahrens beantragen. Dadurch wird in das oben bezeichnete Verfahren übergeleitet.

Stirbt der Gläubiger oder Schuldner nach Erlass des Vollstreckungsbefehles dann sind die Vorschriften des § 239 ZPO. nicht mehr anwendbar.

Es greifen jetzt vielmehr die Vorschriften der Zwangsvollstreckung Platz, da der Vollstreckungsbefehl einem für vorläufig vollstreckbar erklärtem Endurteil gleichsteht.

Die Erben des Gläubigers können auch vor Annahme der Erbschaft vollstrecken, da sie auch jetzt schon aktiv legitimiert sind.

Stirbt der Schuldner dann kann gegen die Erben desselben vor der Annahme der Erbschaft nicht vollstreckt werden. Der Gläubiger hat aber die Möglichkeit, durch die Bestellung eines Nachlasspflegers auch schon vor Annahme der Erbschaft durch die Erben die Vollstreckung herbeizuführen.

Lebenslauf.

Am 4. Mai 1888 wurde ich, Heinrich Friedrich Wilhelm Eduard Volmer, zu Bückeburg im Bundesstaate Schaumburg-Lippe als Sohn des Lehrers Eduard Volmer und seiner Frau Marie geb. Schütte geboren. Beide Eltern sind verstorben.

Ich besuchte von Ostern 1894—1897 die Bürgerknabenschule und von 1897—1906 das Gymnasium Adolfinum meiner Heimatstadt, bezog dann die Universitäten Marburg, Kiel und bestand am 16. Mai 1910 zu Cassel das Referendarexamen.

Herrn Professor Leonhard der mich bei Abfassung dieser Arbeit in jeder Weise förderte, spreche ich auch an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank aus.